IL SISTEMA E LA STORIA INTERNA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

DI

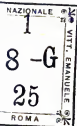
GIORGIO CRISTIANO BURCHARDI

RECATO DALL'ORIGINALE TEDESCO IN ITALIANO
ED ANNOTATO

DALL'AVVOCATO

PASQUALE DE CONCILIIS

VOLUME II.

IN NAPOLI
DALLA STAMPERIA DEL VAGLIO
Vico del Nilo n.° 26.

IL SISTEMA E LA STORIA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

IL SISTEMA E LA STORIA INTERNA

DEL

DRITTO ROMANO PRIVATO

DI

GIORGIO CRISTIANO BURCHARDI

RECATO DALL'ORIGINALE TEDESCO IN ITALIANO
ED ANNOTATO

DALL'AVVOCATO

PASQUALE DE CONCILIIS

VOLUME II.

IN NAPOLI
DALLA STAMPERIA DEL VAGLIO
1857

PARTE TERZA

SEZIONE SECONDA

DRITTO DI OBBLIGAZIONE (*).

PRIMA SUDDIVISIONE

Principi generali sulle obbligazioni.

CAPITOLO I.

NATURA GIURIDICA DE' RAPPORTI DI OBBLIGAZIONE

I. NOZIONE E CONTENUTO.

§. 216. Appresso ai dritti reali le obbligazioni formano la parte più importante del patrimonio. Queste sono le relazioni di dritto che possono aver luogo fra due o più persone e che tendono ad un determinato dare o fare *dare* vel *facere* (1). Ma veramente solo un lato delle obbligazioni, il *credito*, può essere annoverato nel patrimonio, mentre l' altro lato, il *debito*, è da riguardarsi propriamente come una diminuzione del patrimonio (2). Per quel determinato *dare* o *fare* non s' intende semplicemente un singolo *factum*; anzi può la prestazione comprendere un gran numero di atti; ed anche un' omissione può formar oggetto di un' obbligazione; solo è sempre dell' essenza delle obbligazioni che sia, almeno relativamente, determinato o dalla legge o dalla volontà privata quel che il debitore debba prestare, e questi non è tenuto a nulla più di ciò che da esse possa con sicurezza esser dedotto. In ciò sta una principale differenza tra le obbligazioni e le relazioni di famiglia, le quali per gran parte sono abbandonate al sentimento morale, per la qual ragione il loro contenuto non si può interamente risolvere in veri dritti ed obbligazioni. In generale i crediti apparten-

(*) *K. Bucher* Il dritto delle obbligazioni. Seconda edizione. Lipsia 1830. 8.; *Unterholzner* Esposizione della dottrina del Dritto Romano sui rapporti di obbligazione 2. vol. Lipsia 1840. 8.

(1) V. sopra § 45.

(2) L. 11. D. *de jure fisci* (49.14.) L.39. § 1. L.49. L.83. D. *de V.S.* (50. 16.)

gono ai dritti immediati, come i debiti alle obbligazioni immediate (3), nondimeno ci ha delle eccezioni in cui o il credito (4), o il debito (5), è annesso al possesso o alla proprietà di una cosa. Dalla nozione delle obbligazioni di già segue che esse sono delle relazioni di dritto unilaterali, per cui solo una parte è investita di un dritto, e l'altra è solamente obbligata; ma possono le persone essere anche reciprocamente obbligate, ed allora le scambievoli obbligazioni esercitano in più rapporti un' influenza l'una sull'altra (6), spezialmente allorchè sòn poggiate sopra un fondamento comune, il che può avvenire in due guise, giacchè non solamente 1) possono contrarsi obbligazioni, delle quali una sia la condizione dell'altra, e che noi comprendiamo sotto l'espressione di obbligazione bilaterale, *ultro citroque obligatio* s. *utrinque obligatio*, grecamente συνάλλαγμα (7), ma in più casi 2) anche da obbligazioni che da principio son semplicemente unilaterali possono in seguito derivar delle obbligazioni del creditore verso il debitore, nel qual caso quelle si appellano *obligationes directae* e queste *obligationes contrariae* (8). Per far valere i crediti, in quanto sieno civilmente esigibili (9) in alcuni casi si può far uso di interdetti; ma le azioni ordinarie che ne risultano sono le *actiones in personam* (10), le quali allorchè hanno per base un' *obligatio contraria* son denominate *actiones contrariae*, in altro caso *actiones directae* (11), con che va connessa la differenza pratica che le *actiones contrariae* non sono

(3) Confr. sopra § 3.

(4) Così p. es. il dritto al *solarium* nella *superficies* ed al canone nell' enfitensi è un *annexum* della proprietà sul fondo.

(5) V. § 86. n. II. 1. § 211. n. IV. § 274. e L. 42. D. *de pact.* (2. 14.) L. 7. pr. D. *de public.* (39. 4.)

(6) Segnatamente pel fondamento della compensazione, della deduzione, e della ritenzione.

(7) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 19. D. *de V. S.* (50. 16.). L' espressione *obligatio bilateralis* non s' incontra nei fonti.

(8) Nel § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) questo caso viene anche dinotato come *ultro citroque obligatio*.

(9) V. § 218.

(10) V. § 62.

(11) Non vi ha che sei *actiones contrariae*: l' *actio tutelae contraria* § 147., l' *actio commodati contraria* § 255., l' *actio depositi contraria* § 256., l' *actio pigneratitia contraria* § 257., l' *actio mandati contraria* § 263., e l' *actio negotiorum gestorum contraria* § 272.; tutte le altre azioni per obbligazioni sono *actiones directae*, e quindi dalle obbligazioni bilaterali per regola ne risultano due *actiones directae*, *actio utrinque directa est*. Il *contrarium judicium* che s' incontra nel § 290. ha una significazione al tutto diversa.

mai infamanti neppur quando l' azione diretta che risulta dall' obbligazione abbia questa qualità, e non possono mai dar fondamento al *juramentum in litem* (12). L'uso della privata autorità in generale non è permesso al creditore (13); ma si può far uso de'dritti anche per via di eccezioni (14), e ciò 1) contro la ripetizione di ciò che si pretende di aver dato indebitamente *indebitum*, allorchè il debitore di già ha adempito, giacchè sta nello scopo dell' obbligazione che il creditore, fatta astrazione da alcune particolari eccezioni (15), abbia la facoltà di conservare la prestazione che una volta ha ricevuta, *soluti retentio* anche quando non gli appartiene alcuna azione per costringere il debitore all'adempimento (16); 2) contro altre pretensioni del debitore sia per far diffalcare definitivamente il credito reciproco per via di compensazione e deduzione (17), sia per sostenere la *exceptio doli* nel fine di ritener provvisoriamente la cosa domandata (18), nel qual rapporto vale il principio che i crediti scambievoli fondati sopra cause fra loro indipenti non danno niun dritto di ritenzione (19), ma sibbene danno il dritto di ritenzione i crediti reciproci che hanno il medesimo fondamento, giacchè nelle obbligazioni bilaterali, e nelle *obligationes directae* e *contrariae* è regola che chi si fa ad intentare un' azione deve dal suo canto aver prestato pienamente ed in modo conveniente, o almeno aver offerto ciò che egli medesimo deve (20); e però quando a ciò si manchi può opporsi all' attore che egli stesso non abbia ancora adempiuto alla sua obbligazione, o che il suo adempimento sia difettoso, le quali due eccezioni quantunque debbano amendue prender la forma di *exceptio doli*, sono non pertanto essenzialmente differenti in quanto al carico della pruova; imperocchè l' allegazione dell' inadempimento totale o parziale, *exceptio non impleti contractus* contiene una semplice negazione di un fatto, che qui si ritiene come una condizione che

(12) L. 1. pr. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) § 2. J. *de poen. tem. lit.* (4. 16.) L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)

(13) V. § 56.

(14) L. 7. pr. § 1-4. D. *de pactis* (2. 14.)

(15) V. § 218. Nota 32.

(16) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(17) V. § 242.

(18) V. § 73.

(19) L. 4. C. *commod.* (4. 23.)

(20) Questa regola veramente non si può confermare con l' autorità di qualche testo, ma in generale è applicata quando non siasi convenuto il contrario, e si trovano semplicemente delle singole eccezioni speciali come nella locazione.

si dee verificare per potere intentar l' azione, e quindi impone all' attore la necessità di farne la pruova, mentre l' assunto che l' adempimento non sia convenientemente seguito *exceptio non rite impleti contractus* debbesi pruovar dal convenuto, essendochè i vizi di un atto non si presumono mai (21).

II. DIVISIONI.

1) *In Generale.*

§ 217. Fra le molte diversità delle obbligazioni le più numerose son quelle che si riferiscono:

1.° All' oggetto delle obbligazioni. Per questo riguardo si distinguono le seguenti specie: 1) le obbligazioni di dare o di fare *o. dandi et faciendi* (1). Alle prime appartengono soltanto le obbligazioni tendenti ad una alienazione e quindi ad una trasmissione della proprietà, o allo stabilimento di un *jus in re* (2), nel che nuovamente si possono distinguere *o. speciei* s. *corporis*, *o. generis* ed *o. quantitatis* secondochè si dee dare una cosa individualmente determinata, o una cosa determinata solo in quanto alla specie, o una quantità di cose fungibili (3); alle seconde appartengono tutte le rimanenti, comprese anche le *obligationes non faciendi*, quando alcuno è obbligato ad una determinata omissione, come pure le *obligationes reddendi* allorchè il debitore non ha acquistata la proprietà delle cose da restituirsi (4). Una espressione che comprende così il dare come il fare è Prestare *praestare*, nondimeno spesso dicesi specialmente *praestare* anche il risarcire, un danno o cedere un' azione (5), ed a ciò forse si ha riguardo al-

(21) L. 5. § 1. L. 15. D. *de probat.* (22. 3.) L. 30. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. C. *de probat.* (4. 19.)

(1) § 2. J. *quib. mod. toll. obl.* (3 29.) § 14. 15. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 24. C. *de nupt.* (5. 4.); *Marezol* nel Giornale di Giess. vol. X. n. 8.; *Savigny* Sistema vol. V. p. 589. seg. 596. seg.

(2) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 19. D. *de S. P. R.* (8. 3.) L. 16. D. *de cond, causa data* (12. 4.) L. 75. § 10. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 167. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) Caj. IV. 4.

(3) L. 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 32. § 3. D. *de cond. indeb.* (12. 6.) L. 30. pr. L. 34. § 3-5. L. 108. § 2. L. 110. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 54. D. *de V. O.* (45. 1.)

(4) L. 175. L. 189. L. 218. D. *de V. S.* (50. 16.). Nondimeno talvolta il rendere anche quando non erasi trasferita alcuna proprietà, inesattamente viene annoverato al dare, p. es. nella *condictio furtiva*. V. § 285. Nota 23.

(5) *Brissonius* de Verb. sign. p. *Praestare*; *Donelli* Comm. jur. civ. XVI. 9.

lorchè talvolta al *dare et facere* vien contrapposto il *praestare* (6). 2) Le obbligazioni determinate ed indeterminate o. *certae et incertae*. Del pari che nelle azioni (7) questa distinzione viene dal vedere se il *quid*, *quale*, *quantum* della prestazione è subito assolutamente determinato, o solo relativamente, cosicchè vi sia ancora mestieri di una più precisa ricerca (8). A. Una specie subalterna delle *obligationes certae* sono le *obligationes certi*, che han per oggetto una determinata somma di danaro (9), e B. una specie particolare delle *obligationes incertae* sono le obbligazioni alternative, in cui dee farsi la scelta fra più prestazioni (10). Per legge qui il dritto di scelta appartiene al debitore (11), e questi per regola fino a che non segue l' adempimento può cambiare anche la sua scelta di già dichiarata (12), e però il creditore deve agire alternativamente per l' una e per l' altra prestazione (13). Intanto la scelta non solo può lasciarsi al creditore (14), il quale allora trasmette il suo dritto di scelta anche a' suoi successori (15), e per contrario non può mutare la scelta una volta fatta, purchè anche questo non sia pattuito (16), ma può anche rimettersi ad

(6) Caj. IV. 2. I. 3. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) *Savigny* l. c. p. 598. seg.

(7) V. sopra § 61. n. V.

(8) L. 74. L. 75. D. *de V. O.* (45. 1.) Confr. L. 53. D. *eod.* *Chr. Thomasius* de obl. ex promissione rei incertae (Diss. acad. T. IV. n. 112.)

(9) Pr. J. *eod.* (3. 15.) L. 6. L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. pr. D. *de condict. tritic.* (13. 3.) Lex de Gallia Cisalp. c. 21.

(10) *J. A Kurrer* de obl. altern. Tubingae 1686. 4.; *Chr. Thomasius* l. c. § 45-61. *M. A. J. de Brassier* de caus. altern. Heidelb. 1821. 4. nella L. 44. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.) una obbligazione alternativa viene straordinariamente appellata *modus obligationis*.

(11) L. 25. pr. L. 34. § 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 6. D. *de jure dot.* (23. 3.) Confr. L. 10. C. *de cond. indeb.* (4. 5.) *Hert* de elect. ex obl. alt. debitori debita (Comm. et opusc. vol. I. P. 3. p. 233. seg.)

(12) L. 106. L. 138. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 6. D. *de act. empti.* (19. 1.). Una eccezione ha luogo nei legati L. 84. § 9. D. *de legat.* I. (30.)

(13) § 33. J. *de act.* (4. 6.) Caj. IV. 53.

(14) L. 34. § 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 6. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 75. § 3. D. *de legat.* I. 30.

(15) L. 2. pr. L. 6. D. *de her. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 75. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 19. D. *de opt. vel elect. leg.* (33. 5.) L. 76. pr. D. *de V. O.* (45. 1.). Di altra opinione per rispetto alla cessione sono *Kurrer* l. c. n. 105., *de Brassier* l. c. § 2.; *Thibaut* sistema § 80. Veggasi per contrario L. 75. § 3. D. cit. e *Muhlenbruch* della cessione p. 242. seg. È al tutto diversamente quando gli schiavi o i figliuoli hanno acquistato una obbligazione alternativa al padrone o al padre loro, nel qual caso la scelta si dee fare da essi medesimi L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(16) L. 112. pr. D. *eod.* L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

un terzo, la cui morte o il cui rifiuto, secondo la decisione di Giustiniano, rende caduca l'obbligazione (17). Nel mezzo tra le obbligazioni alternative e le semplici sta il caso quando il creditore non può in vero domandare che una determinata prestazione, ma il debitore ha il dritto di prestare qualche altra cosa (18), su di che generalmente non sono punto applicabili i principi sopra le obbligazioni alternative (19). 3) Le obbligazioni divisibili ed indivisibili, *o. dividuae et individuae* (20). Le ultime formano la regola, giacchè solo le obbligazioni che han per oggetto una determinata quantità di cose fungibili si ritengono come divisibili (21); ma queste neppure sono divisibili in ogni circostanza (22), e segnatamente nelle prestazioni alternative (23); per contrario anche un'obbligazione indivisibile in se può trasformarsi in divisibile allorchè nel luogo della originaria prestazione vien surrogato l'equivalente in danaro (24), e quelle obbligazioni, il cui oggetto può comportare una divisione almeno ideale, possono dal creditore, o col suo consenso esser trattate come divisibili (25). 4) Le obbligazioni all'intero o ad una parte, *o. in solidum et pro parte* (26). In molti casi il debitore è tenuto solo per una parte del debito (27), o un creditore può far valere solo una

(17) L. ult. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38.) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 24.)

(18) L. 1. pr. D. *si quadrupes* (9. 1.) L. 6. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 2. C. *de rescind. vend* (4. 44.)

(19) *De Brassier* l. c. § 1.

(20) *E Baro* de divid. et indiv. obl. Lugd. 1512.; *de Retes* de divid. et indiv. obl. (*Meerm.* Thes T. VII. p. 600. seg.) *J. Rubo* Saggi di una dichiarazione dei frammenti 2. 3 4. 85. D. *de V. O.* sulla divisibilità ed indivisibilità delle obbligazioni. Berlino 1822. 8.; *E. G. A. de Scheurl* Comm. de div. et indiv. obl. Erlang. 1835. 8.; *Vangerow* dottrina delle Pandette vol. III. p. 7. seg.

(21) L. 2. § 1. 2. L. 4. § 1. 2. L. 72. pr. L. 85. L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. § 2. D. *de stip. praet.* (46. 5.) L. 29. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 15. § 1. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 80. § 1. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.) L. 11. § 23. 24. D. *de legat.* III. (32.) L. 25. § 9-15. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. C. *eod.* (3. 36.)

(22) L. 25. § 13. D. *eod.* L. 2. § 6. L. 3. L. 4. pr. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(23) L. 2. § 1. L. 85. § 4. D. *eod.* L. 26. § 13. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(24) L. 2. § 2. 5. L. 85. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 25. § 9. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 4. § 3. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(25) L. 2. § 3. 4. L. 85. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de solut.* (46. 3.) L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(26) *Hugo* nel Mag. civ. vol. IV. p. 250. seg.; Il mio articolo nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIX. n. 3.

(27) Segnatamente *pro rata parte* (§ 227. e 247), *in quantum facere potest* (§

parte del credito(28), e per contrapposto di ciò allorchè si deve prestare tutto l' ammontare indiviso di un debito, questa appellasi obbligazione *in solidum* (29), s. *in totum* (30), s. *in integrum* (31), grecamente *εἰς ὁλόκληρον* (32). 5) Le *obligationes quae naturalem habent praestationem*. Il concetto di siffatte obbligazioni per mancanza di una precisa dichiarazione non è, a dir vero, esente da dubbio; ma probabilmente si è inteso parlare di quelle obbligazioni, le quali hanno a scopo l'assicurare la sussistenza ed in generale il soddisfare agl'immediati bisogni della vita (33).

2.° Per rispetto alla loro origine le obbligazioni sono parte *obligationes juris civilis* la cui ragione di esistenza sta nello stesso dritto Romano, parte *obligationes juris gentium* che furon prese dal *jus gentium* (34), la qual cosa per moltiplici riguardi esercita un' importante influenza (35), e

3.° Per rispetto alla loro propria sussistenza le medesime si dividono in obbligazioni principali, *o. principales*, che sussistono per se stesse, ed obbligazioni accessorie le quali presuppongono un' altra obbligazione alla quale si rapportano, e perciò senza l' obbligazione principale non hanno alcun senso (36). A queste si aggiungono parecchie altre divisioni dipendenti dalla efficacia e dalla causa generatrice delle obbligazioni, delle quali quelle richiedono una particolare dichia-

220.), *peculio tenus* (§ 250.), *quatenus in rem versum est* (§ 250.), e *quatenus ad eum pervenit* (§ 248.)

(28) L. 4. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(29) L. 2. L. 3. § 1. L. 11. § 1. 2. D. *de duob. reis.* (45. 2.) § 37. J. *de act.* (4. 6.) L. 63. § 5. D. *pro socio* (17. 2.) L. 14. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3) L. 23. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 8. C. *sol. matr.* (5. 18.) § 1. 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 20. D. *exerc. act.* (14. 1.) L. 5. § 1. 2. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 12. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 152. § 3. L. 157. § 2. D. *de R. J.* (50. 17.) L. un. C. *ex del. defunct.* (4. 17.) L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 21. § 9. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. § 19. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 1. C. *de cond. furt.* (4. 8.)

(30) L. 173. pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

(31) L. 25. D. *de re jud.* (42. 1.)

(32) Nov. 99. c. 1.

(33) L. 8-10. D. *de cap. min.* (4. 5.). Il mio trattato della restituzione nello stato primiero p. 266. seg.; *Savigny* Sistema vol. II. § 72.

(34) L. 5. D. *de J. et J.* (1. 1.) L. 7. pr. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) Caj. III. 132.

(35) V. § 218. e 246.

(36) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.)

razione (37), ma queste si appalesano per se stesse dalla spiegazione delle cause onde le obbligazioni hanno origine (38).

2) *Per rapporto all' efficacia* (*).

§. 218. Le obbligazioni in due casi son nulle fin dal principio *nullae obligationes* (1), quando 1) manca alcuno de' loro essenziali requisiti, e quando 2) la causa generatrice generalmente riconosciuta è per eccezione specialmente rigettata, nel qual caso ora ordinariamente vien detta obbligazione insussistente o inammissibile, *obligatio reprobata* (2). Ma anche le obbligazioni valide non han sempre tutti gli effetti, che generalmente possono essere annessi ad una obbligazione, anzi le medesime posson dividersi in obbligazioni efficaci e non efficaci.

1.° Le obbligazioni efficaci dette *obligationes naturales* in senso ampio, perchè in esse si trova sempre senza alcuna restrizione almeno ciò che secondo la *naturalis ratio* dev' esser considerato come conseguenza ed effetto di una vera obbligazione (3), si suddividono in *obligationes civiles et praetoriae*, *ed obligationes naturales* in senso stretto. Si vuol riguardare come il principale effetto di un' obbligazione l' azione a cui essa da origine, quando il debitore può giudiziaria-

(37) V. § 218.

(38) V. § 228.

(*) *A. Schulting* de obl. natural. (comm. acad. T. I. n. 1.); *Weber* Spiegazione sistematica della dottrina delle obbligazioni naturali 5. edizione. Schwerin 1811. 8. *Reinhard* dottrina del dritto Romano delle obbligazioni in generale e delle obbligazioni naturali in particolare. Stuttgart 1827. 8.; *Francke* tratt. civ. n. 2.; *Lelievre* Resp. ad quaest. quid est obl. nat. ex sent. Rom. Lovan. 1826. 4.; *Rosshirt* e *Warnkönig* Giornale vol. I. p. 123.; *Buchel* Dichiarazioni del dritto civile vol. II. dispensa 1.; *L. de Pfordten* de obl. civ. in naturalem transitu Lipsia 1843. 8.; *Christiansen* sulla dottrina della naturalis obl. e condictio indebiti. Kiel 1844. 8.

(1) L. 5. § 14. D. *de reb. cor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 41. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 73. § 1. D. *de legat.* I. (30.). Nondimeno l' espressione *nulla obligatio* non indica sempre precisamente una vera nullità L. 7. § 2. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 3. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 16 § 2. D. *de minor.* (4. 4.)

(2) Nelle fonti dicesi anche *obligatio reprobata* quando il *mandans* non vuol riconoscere l' obbligazione contratta dal mandatario L. 4. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(3) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.). « *Naturales obligationes non eo solo aestimantur si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.* » L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) Theoph III. 20. § 1. Bisogna bene osservare, ciò che ordinariamente non si fa, che l' espressione *obligatio naturalis* comprende anche le obbligazioni munite di azioni.

mente esser costretto all' adempimento, ma questo effetto, secondo il principio Romano che non s' ammette un' azione se non quando è specialmente conceduta (4), non appartiene a tutte le obbligazioni. Or quando ha luogo un dritto che si può far valere con azione, il che per le obbligazioni nello stesso dritto romano introdotte, senza eccezione (5) si verifica, ma si verifica parimente in molte obbligazioni prese dal *jus gentium* (6), l' obbligazione per rispetto alla origine del dritto di azione addimandasi un' *obligatio civilis*; *vel honoraria s. praetoria* (7). Solo a queste obbligazioni per cui può aver luogo un'azione si applica la distinzione che dipende dalla specie dell' azione, cioè di *obligationes stricti juris*, e *bonae fidei* (8); ed ancora solo ad esse si riferiscono le espressioni *obligatio*, *creditor*, e *debitor* allorchè s' incontrano senz' altra aggiunta (9). Intanto pel concetto di un' obbligazione efficace è sufficiente eziandio che dopo adempiuta l' obbligazione la cosa prestata non possa richiedersi indietro come un *indebitum* (10), presupposto, che la stessa ignoranza del debitore intorno all'inammisibilità dell'azione contro di lui non abbia qui niuna influenza, e che quindi la cosa non dipenda dalla sua intenzione di riconoscer volontariamente il debito (11), e siffatte obbligazioni limitatamente efficaci vengono principalmente indicate come *obligationes naturales*. Ciò senza dubbio non era riconosciuto nel dritto romano più antico; in esso le obbligazioni o erano pienamente efficaci o non erano punto riconosciute (12). Solo allorchè la giurisprudenza comin-

(4) V. sopra § 57.

(5) Non può valere come una vera eccezione quando non già la natura del fondamento dell' obbligazione, ma sibbene altre ragioni escludono l' azione, come nelle obbligazioni tra padri e figliuoli L. 4. L. 11. D. *de judic.* (5. 1.)

(6) L. 7. pr. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) Caj. III. 132.

(7) § 1. J. *de obl.* (3. 13.) § 1. J. *de act.* (4. 6.) L. 42. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7. L. 1. § 1. D. *de noval.* (46. 2.) L. 8. § 4. L. 11. § 1. D. *de acceptil.* (46. 8.) L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.)

(8) L. 1. L. 7. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 38. pr. D. *pro socio* (17. 2.) § 28-30. J. *de act.* (4. 6.) Caj. IV. 160.

(9) L. 7. § 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 42. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 10. L. 55. L. 108. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 66. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. L. 21. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 3. § 7. D. *quod quisque jur.* (2. 2.) Theoph III. 20. § 1. V. Nota 3.

(11) L. 64. D. *de cond. ind.* (12 6.) Confr. L. 13. L. 14. L. 38. L. 60 pr. D. *eod.*

(12) Una pruova ne è l' uso del linguaggio notato nella Nota 9., la cui origine presuppone un tempo in cui non si ammisero altre obbligazioni, se non quelle che producevano azione.

ciò a tener più conto delle vedute generali di dritto, e de' principi razionali si potè venire al termine di riconoscere obbligazioni a cui mancava la sanzione positiva. A. Da prima ciò avvenne senza dubbio per rispetto alle *obligationes juris gentium* per le quali non si dava ancora alcun' azione, giacchè a tutte queste insieme fu attribuita la forza obbligatoria (13). Per siffatto modo si formò la distinzione di *obligationes juris gentium quae pariunt actionem*, e *quae pariunt exceptionem tantum* (14), le quali ultime convenientemente possono esser chiamate le proprie *obligationes naturales*, perchè esse non solo probabilmente han dato occasione a questa denominazione (15), ma ancora si avvicinano moltissimo alle obbligazioni da cui nasce un'azione (16). Imperocchè in esse oltre alla *soluti retentio* (17) si ammette anche assolutamente la compensazione (18), la fidejussione (19), la costituzione di un pegno (20), la novazione (21), ed il *constitutum debiti* (22), purchè per altri motivi non sopravvengano delle restrizioni (23); e però il creditore nel fatto non è privo che della sola azione. B. Un passo molto più esteso, ma nel tempo stesso più incerto

(13) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.). » Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. » L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(14) L. 7. pr. § 1. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(15) L' espressione *jus gentium* e *jus naturale* sono spesso adoperate l' una per l' altra, e i modi di acquisto procedenti dal *jus gentium* son per questo denominati anche *adquisitiones naturales*.

(16) I casi principali che qui si rapportano sono (A.) quando si è conchiuso un *pactum nudum* L. 7. pr. § 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) V. § 229.; B.) quando si è formata un' obbligazione tra persone legate insieme per la patria potestà L. 38. D. *de cond. ind.* (12. 6.) V. § 247.; C.) quando si sono obbligati degli schiavi L. 13. pr. D. *eod.* L. 14. *de O. et A.* (44. 7.) L. 21. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 50. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) V. § 246.; ovvero D.) quando si è promesso loro qualche cosa L. 64. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.) V. § 246.; e E.) quando degli impuberi abbiano contrattato senza tutori, ma non già gratuitamente L. 13. § 1. L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 21. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 64. pr. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 25. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) § 1. J. *de auct. tut.* (1. 21.) L. 5. § 1. D. *eod.* (26. 8.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) V. § 232.

(17) V. Nota 10. ed 11.

(18) L. 6. D. *de compens.* (16. 2.)

(19) L. 6. § 2. L. 7. L. 16. § 3. L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(20) L. 5. pr. L. 14. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

(21) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.

(22) L. 1. § 7. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(23) Una cosiffatta ne contiene la L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

fu il far entrare nel campo delle *obligationes naturales* i doveri puramente morali di dare o di fare (24). Siccome qui l' oggetto dell'obbligazione non è da prima neppur relativamente determinato, così generalmente non è possibile di trattar questi doveri morali come obbligazioni; ed anche la somiglianza con le proprie *obligationes naturales* si restringe quasi solamente a ciò, che non si possono richiedere indietro le cose che per effetto di tali doveri si sieno pagate (25). Nondimeno non è da negare che in alcune particolari applicazioni s'incontrano eziandio altri effetti dell' *obligatio naturalis* che in essi fu riconosciuta (26), ma sarebbe impossibile lo stabilire intorno a ciò una regola generale (27).

2.° Al contrario per obbligazioni inefficaci, *obligationes inefficaces*, s. *inutiles*, s. *inanes*, s. *ope exceptionis solutae* s' intendono quelle obbligazioni per le quali o sin dal principio, o per qualche avvenimento posteriore compete al debitore un' eccezione perentoria contro l' azione del creditore (28), o almeno competerebbe se il dritto in se medesimo potesse farsi valere con un'azione (29). Allora per re-

(24) Noi troviamo ciò segnatamente A.) nell' obbligazione alla gratitudine a specialmente alla rimunerazione pei doni ricevuti L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 27. D. *de donat.* (39. 5.): B) nel dovere dei parenti di soccorrersi a vicenda, anche quando non ha luogo l' obbligazione giuridica degli alimenti L. 4. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 12. § 3. L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 20. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 73. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 5. § 14. D. *de agn. et al. lib.* (25. 3.): C.) nel dovere della moglie alla dotazione L. 32. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.); D.), nell' obbligo del manomesso di prestar dei servigi al suo padrone, prescindendo dalla giuridica *operarum obligatio* L. 26. § 12. D. *eod.*

(25) L. 26. § 12. L. 32. § 2. L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 2. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(26) L. 25. § 1. D. *de hered. pet.* (5 3.)

(27) La storia dommatica della donazione rimuneratoria viene in comprova di ciò. Mentre molti vogliono riguardare le donazioni rimuneratorie assolutamente come l'adempimento di un debito, altri non vi riconoscono nulla di speciale.

(28) L. 8. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12 5.) L. 50. L. 51. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 42. § 1. D. *de O. et. A.* (44. 7.) L. 95. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 3.) L. 10. L. 55. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 66. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. Nota 37.

(29) Senza questo principio il *debitor naturalis* in alcune circostanze sarebbe in una condizione peggiore di un debitore obbligato giuridicamente. Colui che ingannato ha promesso mediante stipulazione può valersi della *condictio*, quando senza conoscere il dolo abbia eseguita la prestazione: ma chi avesse promesso mediante un *nudum pactum* non l' avrebbe potuto senza il predetto principio. V. L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

gola l' obbligazione non vale neppure come *obligatio naturalis* (30). Per conseguenza il debitore non è tenuto ad ammetter la compensazione (31); il suo adempimento del debito è irrevocabile solo allorchè egli conoscendo l' eccezione che gli compete, e quindi nella intenzione di rinunziarvi ha fatto il pagamento (32), e solo sotto la medesima presupposizione può anche essere obbligatoria la fidejussione (33), il pegno (34), la novazione (35), ed il *constitutum debiti* (36). Per tal ragione le *obligationes inefficaces* comunemente sono assomigliate alle nulle o perfettamente estinte (37), dalle quali nondimeno sono essenzialmente differenti in questo che esse per la ricognizione e per la rinunzia all'eccezione, ovvero allorchè questa in altra guisa viene a cessare, possono nuovamente acquistar vigore (38), che il dritto di pegno stabilito prima che nasca l' eccezione per lo più rimane valido (39), e che hanno talvolta anche maggiori effetti. Vale a dire se l'eccezione appartiene alle *exceptiones juris* introdotte *odio creditoris* solo per avversione contro la natura dell' obbligazione, essa lascia sussistere l' obbligazione almeno come *naturalis obligatio* nel senso che non si dà luogo alla ripetizione d' indebito anche nel caso che il debitore non avesse avuto cognizione della sua eccezione, e che le fidejussioni rimangono valide (40). Ciò probabilmente si fondava sul senato-consulto Macedoniano, la cui disposizione a ciò relativa per verità riguardava solo i prestiti de' *filii-familias*, ma da' giureconsulti fu non solo generalizzata, ma anche maggiormente estesa, giacchè noi troviamo la

(30) L. 40. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 5. pr. § 3. L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 19. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(31) L. 14. D. *de comp.* (16. 2.)

(32) L. 1. L. 24. L. 26 § 3. 7. L. 50. L. 51. L. 56. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 40. L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 34. § 11. D. *de solut.* (46. 3.) L. 5. C. *de pact.* (2. 3.) L. 9. C. *ad Sct. Vell.* (4. 29.)

(33) L. 37. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(34) L. 5. pr. § 3. L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(35) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(36) L. 3. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(37) L. 7. § 8. D. *de dolo* (4. 3.) L. 8. § 9. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1.) L. 50. L. 51. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 20. § 3. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. L. 55. L. 108. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 13. L. 66. L. 112. D. *de R. J.* (50. 17.)

(38) L. 13. D. *de lib. leg.* (34. 3.) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *ad Sctm. maced.* (4. 28.)

(39) L. 6. C. *de luit. pign.* (8. 31.) V. § 209. Nota 6--11.

(40) L. 11. D: *de reb. cred.* (12. 1.) L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 16. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 60. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

medesima cosa in molte altre applicazioni (41). Nella *exceptio Scti Macedoniani* sono ammessi quasi tutti gli effetti delle proprie *obligationes naturales* (42), questo però non si può sostenere generalmente, anzi è necessario attenersi alle disposizioni espresse che s' incontrano ne' fonti, giacchè i Romani manifestamente in questo rapporto non riuscirono a formare una certa e stabile teoria, sulla quale si potesse fondare (43).

III. ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI. PRINCIPI PER RAPPORTO

1) ai *Soggetti.* (*)

§. 219. Lo scopo immediato di tutte le obbligazioni è la prestazione di ciò a cui il creditore ha dritto, la qual prestazione in preferenza chiamasi pagamento, *solutio* (1), sebbene questa espressione s' incontri per ogni soddisfazione *satisfactio* del creditore (2). Ma intorno a ciò che è necessario perchè il pagamento sia regolarmente fatto si può stabilire la regola semplice che la prestazione dee farsi da una persona legittima ad una persona legittima; dee cadere sopra un oggetto legittimo, e adempirsi nel tempo e nel luogo legittimo. L' applicazione di questa regola con le sue modificazioni ed eccezioni richiede una più particolare dichiarazione. Primamente per quel che riguarda le persone legittime:

(41) Segnatamente A.) nell' *exceptio rei judicatae* fondata sopra un ingiusta sentenza L. 8. § 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 27. D. *de pignor.* (20. 1.), quantunque sembri che Paolo sia stato di altra opinione L. 28. D. *de cond. ind.* (12. 6.); B.) nell' *exceptio capitis diminutionis* L. 2. pr. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.); C.) nell' *exceptio quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur* L. 3. § 5-7. D. *quod quisque juris* (2. 2.); D.) nell' *exceptio confusionis* quando l' erede ha dovuto restituire l' eredità come fedecommesso L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.); E.) nell' *exceptio competentiae* L. 8. L. 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.); e E.) nell' *exceptio peculii exhausti.* L. 11. D. *eod.*

(42) L. 7. § 16. L. 8. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 2. C. *eod.* (4. 28.)

(43) Veramente è facile il porre il principio: ciocchè vale delle *obligationes naturales* propriamente dette, deve anche valere quando l' *exceptio* lascia sussistere la *naturalis obligatio*; ma ciò è correr troppo precipitosamente senza riguardo ai testi. La Romana giurisprudenza era sulla via di applicar questo principio, ma non si venne al termine di stabilirne una regola.

(*) *Rosshirt* nel giornale suo e di *Warnkönig* vol. II. p. 10. seg.

(1) Caj. III. 168.; pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(2) L. 176. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 52. L. 54. D. *de solut.* (46. 3.)

1.° È regola, che il debito si estingue qualunque sia la persona che abbia pagato (3), ma il creditore non è tenuto di accettar la prestazione da altri che dal debitore medesimo, quando il terzo non sia un mandatario del debitore, o un suo tutore, o fidejussore (4), ed anche questa eccezione vien meno allorchè la prestazione è dipendente da certe qualità personali (5). Ma è necessario 1) che la cosa prestata sia prestata con la intenzione che per tal mezzo si estingua il debito, e non già per qualche altro scopo (6), segnatamente non per comprare la cessione del credito, il che però non si presume (7) se non in coloro che per legge han dritto di ottenere la cessione mediante il pagamento di un debito altrui, come sono i fidejussori (8), i correi (9), i difensori (10), i creditori con pegno per rapporto alla cosa medesima (11); i tutori, i quali pagano, ma non spontaneamente, per un altro tutore (12). 2) Si richiede anche, se si tratta di un' obbligazione di dare, che colui il quale dà, quando anche egli sia il debitore, sia capace di disporre, in caso contrario può richiedersi indietro ciò che si è dato (13).

2.° Per contrario in rapporto al sapere a chi bisogna far la prestazione vale la regola che bisogna adempir precisamente verso il creditore, e dell'adempimento che si fa verso un altro non si tien conto, se il creditore non gliene abbia dato mandato, o posteriormente non lo ratifichi, o se chi ha ricevuto il pagamento non abbia consegnato al creditore ciò che ha ricevuto (14). Nondimeno anche questa regola patisce le sue

(3) L. 23. L. 40. L. 53. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. L. 43. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(4) L. 56. D. *de solut.* (46. 3.) § 2. J. *quib. alien. licet. vel. non* (2. 8.)

(5) L. 31. D. *de solut.* (46. 3.)

(6) L. 55. D. *eod.*

(7) L. 76. D. *eod.*

(8) L. 28. D. *mand.* (17. 1.) L. 36. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 10. D. *de solut.* (46. 3.). Non si oppongono le L. 39. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 11. L. 14. C. *eod.* (8. 41.)

(9) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 4. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 5. pr. D. *de censib.* (50. 15.)

(10) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) Confr. con L. 45. § 9. D. *de jure fisci.* (49. 14.)

(11) L. 11. § 4. L. 12. § 6. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 12. C. *de pign.* (8. 14.) L. 4. C. *de his qui in prior. cred. loc.* (8. 19.)

(12) L. 25. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. § 13. 18. L. 20. § 1. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 95. § 10. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de contr. tut. jud.* (5. 58.). Non si oppongono le L. 1. C. *eod.* L. 76. D. *de solut.* (46. 3.)

(13) § 2. J. *quib. alien. licet.* (2. 8.) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 9. § 2. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 14. § 8. D. *de solut.* (46. 3.)

(14) L. 12. § 4. L. 13. L. 34. § 4. L. 49. L. 58. L. 61. L. 64. L. 108. D. *eod.* L. 12. C. *eod.* (8. 43.) L. 180. D. *de R. J.* (50. 17.)

eccezioni. Imperocchè il pagamento è valido allorchè è fatto 1) al tutore del creditore (15), sebbene qui in alcune circostanze sieno da adoperarsi alcune misure di precauzione (16), 2) ad un *procurator omnium bonorum* del creditore (17), 3) ad un cassiere *dispensator* del medesimo (18), 4) ad un mandatario il quale abbia avuto la facoltà di ricevere (19), e non già solamente d' intentar l'azione pel pagamento (20), 5) al cessionario (21), 6) ad un così detto *adjectus solutioni*, cioè ad alcuno che anticipatamente è stato destinato a poter anch' egli ricevere il pagamento (22), purchè il medesimo nell' intervallo non abbia patito una *capitis diminutio* (23), 7) allo schiavo o *filiusfamilias* del creditore, che a costui ha acquistato il credito (24), e 8) al creditore del creditore, almeno nel senso che il debitore possa opporre la compensazione per quanto il suo creditore ne ha tratto profitto (25), ma senza alcuna restrizione poi quando il credito era oppignorato al creditore del creditore (26). In due casi non si può neppure pagar validamente allo stesso creditore: 1) allorchè il credito è stato ceduto e di ciò si è fatto consapevole il debitore (27), e 2) allorchè il creditore non ha la libera disposizione del suo patrimonio, nel qual caso si dee pagare al suo tutore, ma non pertanto compete anche al debitore l'*exceptio doli* finchè il creditore possiede ciò che a lui medesimo è stato pagato (28).

(15) L. 7. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 46. § 5. D. *de adm. tut-* (26. 7.) L. 13. D. *de condit.* (35. 1.) L. 14. L. 45. § 1. L. 49. L. 68. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *si adv. sol.* (2. 33.)

(16) L. 25. L. 27. C. *de adm. tut.* (5. 37.) § 2. J. *quib. alien. licet.* (2. 8.) Confr. § 144. n. VI.

(17) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 12. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(18) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 49. L. 51. L. 62. D. *de solut.* (46. 3.)

(19) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 12. pr. § 2. L. 38. § 1. L. 106. D. *de solut.* (46. 3.)

(20) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 86. D. *de solut.* (46. 3.)

(21) L. 13. § 1. D. *de pact.* (2. 14.)

(22) L. 38. § 20. L. 131. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. § 1. 3. L. 33. pr. L. 58. pr. L. 59. L. 71. pr. L. 95. § 7. L. 106. L. 108. D. *de solut.* (46. 3.) *Brandis* nel Museo Renano vol. V. n. 11.

(23) L. 38. pr. D. *eod.*

(24) L. 35. D. *eod.* L. 3. C. *eod.* (8. 43.) L. 11. D. *depositi* (16. 3.)

(25) L. 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 61. L. 66. D. *de solut.* (46. 3.) *Muller* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XV. n. 12.

(26) L. 11. § 5. L. 18. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. C. *quae res pign.* (8. 17.)

(27) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.)

(28) § 2. J. *quib. al. licet.* (2. 8.) L. 4. D. *de except.* (44. 1.) L. 15. L. 47. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

2) *Per rapporto all' oggetto.*

§ 220. S'intende da se che regolarmente dee prestarsi precisamente la cosa medesima che forma l' oggetto dell' obbligazione, e nè il creditore può arbitrariamente domandare una cosa diversa, nè il debitore può a sua posta sostituirvi qualche altra cosa (1). Allorchè l'adempimento deve effettuarsi in una volta sola il creditore non è obbligato di riceversi de' pagamenti parziali successivi (2); il che però non ha applicazione quando una sola parte del debito viene impugnata, giacchè qui il creditore non può ricusare di accettare il pagamento della parte non controversa, ed agire per l'intero, ma la sua azione dee rivolgersi alla parte impugnata (3), dall' altro lato poi il debitore neppure può ricusare il pagamento della parte non impugnata fino alla decisione sul resto (4). S' incontrano delle eccezioni a questi principi ne' seguenti casi:

1.° Se la prestazione dovuta è divenuta impossibile per colpa del debitore, il creditore può sempre domandare il risarcimento in danaro (5), se poi l'impossibilità è derivata dal caso può domandarlo almeno quando il debitore al tempo della disgrazia si trovava già in mora (6), o ne avea preso sopra di se il rischio (7), o se il caso fu provocato da un suo fatto illecito (8). Qui la valutazione *aestimatio*, non si regola secondo il tempo ed il luogo in cui il debito ebbe origine (9), le quali cose son prese in considerazione solo allorchè alcuno in forza di una convenzione

(1) Pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 2. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 11. § 25. D. *de legat.* III. 32. L. 46. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 16. L. 17. C. *eod.* (8. 43.)

(2) L. 13. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 41. § 1. D. *de usur.* (22. 1.). Non si oppone L. 15. C. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(3) L. 21. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Ciò può divenire molto importante per le spese del giudizio, e la *summa appellabilis.*

(4) L. 78. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(5) L. 23. L. 91. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) Paul. V. 7. § 4. L. 1. pr. L. 11. § 9. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 4. C. *eod.* (4. 49.)

(6) L. 5. § 4. D. *de in litem. jur.* (12. 3.) L. 23. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 14. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. § 6. L. 108. § 11. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. L. 24. L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(7) L. 1. § 35. D. *depos.* (16. 3.) L. 9. § 2. D. *locati.* (19. 2.)

(8) § 2. J. *quib. mod. re.* (2. 14.) L. 5. § 4. 7. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 11. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 37. D. *mandati.* (17. 1.) L. 22. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. D. *de novat.* (56. 2.)

dee prestare il valore di una cosa, ma 1) secondo il tempo (10), ed il luogo in cui la cosa si sarebbe dovuta prestare, allorchè fu stabilito il luogo ed il tempo della prestazione (11), 2) in altro caso, secondo il luogo in cui si è intentata l'azione, e per rapporto al tempo, ne'giudizi di stretto dritto si ha riguardo al tempo della contestazione della lite, e ne' giudizi di buona fede a quello della condanna (12). Ma anche queste regole hanno le loro eccezioni: 1) allorchè una parte trovisi in mora, mentre per la mora del debitore si deve attendere al luogo ed al tempo più sfavorevole al debitore, in cui avrebbe potuto richiedersi la prestazione, ma nella mora del creditore si osserva il contrario (13), e 2) allorchè la valutazione può seguire per mezzo del giuramento estimatorio del creditore, nel qual caso essa non è soggetta ad alcuna regola fissa, e quindi il creditore può tener conto del valore di affezione, a cui altramente non si potrebbe aver riguardo (14). Intanto ciò ha luogo solamente ne'giudizi di buona fede (15), salvo quando in un giudizio di stretto dritto non si potrebbe in altra guisa determinare il valore (16), ed anche ne'giudizi di buona fede ciò ha luogo solo in quanto l'azione appartenga alle *actiones arbitrariae* (17), o abbia per oggetto un *restituere* (18),

(10) L. 12. § 1. D. *si quis caut. jud. sisti* (2. 11.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 11. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 59. D. *de V. O.* (45. 1.). La L. 22. D. *de O. et A.* (44. 7.) che in apparenza è contradittoria proviene da ciò che chi ha dato sicurtà per la prestazione di una cosa, per effetto del contratto è tenuto a prestarne il valore.

(11) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 4, D. *de cond. tritic.* (13. 3.)

(12) L. 22. D. cit. L. 4. D. cit. L. 3. § 2. D. *comm d.* (13. 6.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.) L. 28. D. *de novat.* (46. 2.) L. 8. § 1. D. *de edendo* (2. 13.).

(13) L. 8. § 1. L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 3. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 3. § 3. 4. D. *de act. empti* (19. 1.)

(14) L. 1. L. 4. § 2. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 54. pr. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con L. 6. § 2. D. *de op. serv.* (7. 7.) L. 33. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 63. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(15) L. 5. pr. D. *de in litem. jur.* (12. 3.) L. 3. § 2. D. *commod.* (13. 6.)

(16) L. 5. § 4. L. 6. D. *de in litem. jur.* (12. 3.). È singolare che l'*actio rerum amotarum*, sebbene annoverata tra le *condictiones* L. 26. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.), pure in generale ammette il *juramentum in litem* L. 8. § 1. D. *eod.*

(17) V. § 63. Nota 23. Ciò qui è importante soltanto per rispetto all' *actio de certo loco* (§ 223.), giacchè le altre azioni arbitrarie tendono tutte ad un *restituere* o *exhibere*, e quindi anche senza di ciò dan luogo al *juramentum in litem*.

(18) L. 2. D. *de in lit. jur.* (12. 3.). Da ciò viene che il *juramentum in litem* non s'incontra mai nelle *actiones contrariae*, imperocchè queste non tendono mai ad un *restituere* L. 5. pr. D. *depos.* (16. 3.), e neppure s'incontra nell'*actio empti*, e nell'*actio conducti*; ma per contrario di frequente s'incontra nell'*actio commodati, depositi, pignoratitia, mandati, tutelae e negotiorum gestorum directa*, quando cioè si contende

o *exhibere* (19), o anche B. il debitore manifestamente solo per dolo o colpa grave si trovi nello stato di non poter adempiere alla sua obbligazione (20). Oltre a ciò s'incontrano in alcuni casi speciali delle particolari limitazioni (21).

2.° Nelle obbligazioni di fare il creditore ha eziandio la facoltà di agire pei danni interessi allorchè il debitore è in mora, senza che questi possa obbligarlo a riceversi la prestazione che forma l'oggetto dell' obbligazione (22).

3.° Per contrario il debitore può liberarsi col pagamento di una somma di danaro corrispondente al valore della cosa, allorchè l'adempimento della propria prestazione gli cagionerebbe un dispendio assolutamente sproporzionato (23).

4. Il debitore ne' debiti di una somma di danaro non solo 1) senza riguardo alla specie di monete in che il debito è stato espresso può pagare in ogni moneta del paese che ha valore nel luogo del pagamento e non è fuori corso (24), eccetto ne' prestiti di danaro, in cui il creditore ha il dritto di ricevere la stessa sorta di monete da lui data (25), e quando si è pattuito che il pagamento si debba fare in una determinata specie di monete (26); ma anzi 2) secondo la prescrizione di Giustiniano, allorchè il debitore non s' ha potuto procurar del danaro può costringere il creditore che richiede la soddisfazione ad accettare in luogo di pagamento altre cose secondo la stima giudiziaria, ed in prima le sue cose mobili, ma in caso di necessità anche gl'immobili; ma

per la restituzione, e parimente nelle *actiones venditi et locati*, in quanto esse son proposte per la restituzione delle cose vendute o locate.

(19) L. 2. L. 5. pr. L. 10. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 3. § 2. L. 5. § 2. D. *ad exhib.* (10. 3.)

(20) L. 2. § 1. L. 4. § 4. L. 5. § 3. L. 8. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 1. L. 2. C. *eod.* (5. 53.)

(21) P. es. nella locazione il *jur. in litem* presuppone una cosa mobile L. 48. § 1. D. *locati* (19. 2.)

(22) L. 11. L. 13. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 72. pr. L. 84. D. *de V. O.* (45. 1.)

(23) L. 71. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 14. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(24) L. 24. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 65. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. un. C. *de collat. aeris* (10. 29.) L. un. C. *de argenti pretio* (10. 76.) L. 1. C. *de vet. numismatum pot.* (11. 10.)

(25) L. 3. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 99. D. *de solut.* (46. 3.). Il manoscritto Fiorentino ha in quest' ultimo luogo *debitorem* per *creditorem*, ma ciò non dev' essere esatto sebbene il *Binkershoek* Obs. I. 9. lo difenda.

(26) Non si oppone la L. 65. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

in ciò il creditore ha il diritto di ricercare il meglio (27). Sotto tal rapporto Giustiniano stabilì delle disposizioni speciali pel caso che una Chiesa o uno Stabilimento pio voglia dar degl'immobili in luogo di pagamento. In questo caso devesi primamente offrire al creditore il godimento dell' immobile per soddisfarsi di ciò che deve avere, e quando egli a ciò non consenta, l'immobile deve per venti giorni pubblicamente essere esposto alla vendita. Se non si trova alcun compratore, il creditore per verità ne ottiene la proprietà, ma si dee contentar di ricevere la metà dell' ammontare del suo credito in fondi di peggior qualità, e deve inoltre accettar tutto per un decimo di più del prezzo di stima (28).

5. Il più ampio favore conceduto a'debitori è quello introdotto dall' editto del pretore nel così detto beneficio della competenza, il quale consiste in questo che in certe circostanze il debitore non è tenuto a dare dal suo patrimonio in soddisfazione de' suoi creditori più di quello che egli può cedere senza privarsi di ciò che è necessario al suo sostentamento, *quantum facere potest* (29). 1) In generale godono di questo beneficio i soldati (30), coloro che già una volta han fatto cessione de'loro beni a'creditori (31), e quei che sono stati *filii familias*, per rispetto a tutti i debiti contratti nel tempo che erano sotto la patria potestà, in quanto o essi non hanno ereditato nulla dal padre, o quel che han ricevuto è ben poco in paragone de'debiti (32). 2) Taluni godono di questo favore medesimo solamente verso alcuni determinati creditori, cioè gli ascendenti verso i loro discendenti (33), i padroni come pure i loro figliuoli e genitori verso i loro liberti (34), i conjugi reciprocamente (35), ed il suocero verso il genero finchè dura il matrimonio di

(27) Nov. 4. C. 3. Rigorosamente parlando qui non si tratta che di un debito in oro.

(28) Nov. 120. c. 6. § 2.

(29) L. 2. pr. D. *quod cum eo*. (14. 5.) L. 22. § 1. D. *de re jud*. (42. 1.) Confr. con L. 173. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) *J. A. Hellfeld de benef. compet.* (Op. min. T. I. n. 25.); *A. C. Holtius nella Bibliotheque du jurisconsulte et du publiciste*, T. I. p. 387. seg.

(30) L. 6. pr. L. 18. pr. D. *de re jud*. (42. 1.)

(31) L. 4. L. 6. L. 7. D. *de cess. bon*. (42. 3.) L. 3. C. *de bon. auct. jud. poss*. (7. 72.)

(32) L. 2. pr. § 1. 4. pr. L. 5. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 10. § 2. D. *de fidejuss*. (46. 1.) L. 2. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(33) § 38. J. *de act*. (4. 6.) L. 7. § 1. D. *de obseq*. (37. 15.) L. 16. L. 17. D. *de re jud*. (42. 1.)

(34) L. 17. D. *eod*. L. 7. pr. D. *de except*. (44. 1.) § 38. J. *de act*. (4. 6.)

(35) § 37. J. *de act*. (4. 6.) L. 12-15. L. 17. § 1. L. 27. L. 28. D. *sol. matr*. (24. 3.) L. 20. D. *de re jud*. (42. 1.)

costui (36). 3) Da ultimo questo benefizio ha anche luogo in alcuni determinati debiti, qualunque sieno le persone che vi han parte, cioè A. allorchè il donante è convenuto per effetto della donazione (37), o B. un socio per effetto della società (38), o C. il marito a cagione delle spese funebri pel funerale della moglie (39), o D. il marito o suo padre o i suoi figliuoli per la restituzione della dote, in quanto l'obbligo della restituzione non sia fondato sopra una espressa promessa (40), e E. quando il creditore ha per convenzione assicurato al debitore la competenza (41). Il beneficio della competenza, il quale è strettamente personale (42), e si perde per un procedere doloso del debitore (43), si può anche dopo la decisione invocar contro l' esecuzione (44), ma sempre il debitore può solo dedurre ma non già ripetere alcuna cosa dopo aver già adempiuta l'obbligazione (45). Ed anche la deduzione, salvo nelle donazioni, non può estendersi a ciò che il debitore deve ad altri (46). Nella società e nella dote deve inoltre il debitore obbligarsi sulla richiesta del creditore, che egli pagherà posteriormente ciò che ha dedotto subitochè ne abbia il modo (47). La rinunzia esclude la pretensione al beneficio della competenza, e solo il marito non può validamente rinunziarvi verso sua moglie (48).

6.° Talvolta la cessione di un credito si sostituisce in luogo di un'altra

(36) L. 21. L. 22. pr. D. *eod.* L. 17. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.)

(37) L. 19. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(38) § 38. J. *de act.* (4. 6.) L. 16. L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 63. pr. D. *pro socio* (17. 2.) V. appresso § 262. Nota 36-39.

(39) L. 27. § 2. L. 28. D. *de religiosis* (11. 7.)

(40) L. 15. § 2. L. 16. L. 18. pr. L. 27. L. 28. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 20. L. 21. L. 22. pr. L. 23. D. *de re jud.* (42. 1.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) § 37. J. *de act.* (4. 6.)

(41) L. 49. D. *de pact.* (2. 14.) L. 26. D. *de re jud.* (42. 1.)

(42) L. 63. § 1. 2. D. *pro socio* (17. 2.) L. 12. L. 13. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 24. L. 25. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 7. pr. D. *de exc.* (44. 1.)

(43) L. 63. § 7. L. 67. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(44) L. 17. § 2. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 41. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.)

(45) L. 8. L. 9. D. *de cond. indeb.* (12. 6.)

(46) L. 63. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 54. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 12. D. *de donat.* (39. 5.) L. 16. L. 19. § 1. L. 49. D. *de re jud.* (42. 1.). Nondimeno forma un'eccezione nelle donazioni ciò che il donante deve ad altri, quando anche non fosse che per ragione di una donazione L. 19. § 1. D. *eod.*

(47) L. 63. § 4. D. *pro socio* (17. 2.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)

(48) L. 14. § 1. D. *sol. matr.* (24. 3.)

prestazione: 1) Chi ha pagato il prezzo di una cosa quantunque involontariamente, purchè non per proprio dolo (49), questi, se la cosa non gli vien data, può chiedere in ogni caso che chi ha ricevuto il pagamento gli ceda la sua azione per ottenere la cosa, o il suo valore, anche quando costui senza sua colpa non abbia potuto procurare la cosa (50). 2) Chi non presta l'oggetto proprio della sua obbligazione generalmente deve cedere almeno i dritti di azione, che gli competono contro i terzi per rapporto a questo oggetto (51); ma anche 3) non può da lui chiedersi altro che questa cessione, allorchè non è proceduto da sua colpa che egli non abbia quell' oggetto (52), o allorchè il fondamento della sua obbligazione non è che un debito contratto dal suo tutore o procuratore (53).

3) *Per rapporto al tempo.*

A Regole generali.

§ 221. 1.° Allorchè nulla è stabilito sul tempo dell' adempimento di un' obbligazione, può immediatamente domandarsene l'adempimento (1), solo si dee sempre concedere al debitore quello spazio che secondo le circostanze l' effettuazione della prestazione richiede (2); ancora ci ha alcuni casi particolari, ne' quali il debitore per legge gode di un certo termine (3).

(49) L. 69. L. 70. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(50) L. 63. D. *eod.* L. 13. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 25. § 8. D. *locati* (19. 2.) L. 12. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 53. § 3. D. *de furt.* (47. 2.) L. 68. D. *de evict.* (21. 2.)

(51) L. 21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 24. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 35. § 4. C. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 11. pr. D. *de furt.* (47. 2) L. 13. § 12. D. *de act. empti.* (19. 1.) Confr i luoghi citati nella seguente nota.

(52) L. 51. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 21. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. pr. L. 39. § 3. L. 75. § 2. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 10. D. *mandati* (17. 1.) L. 39. D. *de don. inter. V. et U.* (24. 1.) L. 73. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 16. § 7. L. 17. L. 18. pr. L. 20. § 17. L. 30. L. 31. pr. L. 35. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 3. § 5. D. *de in rem. verso* (15. 3.) L. 4. § 16. D. *si quadrupes* (9. 1.) L. 21. D. *de hered. vel. act. vend.* (18. 4.) *Muhlenbruch* della cessione § 38.

(53) L. 3. § 1. D. *de trib. act.* (14. 4.) L. 25. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(1) § 2. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 41. § 1. D. *eod.* (45. 1.) L. 14. D. *de R. J.* (50. 17.) « *In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.* »

(2) L. 21. § 12. D *recept.* (4. 8.) L. 2. § 6. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 17. § 8. D. *de usur.* (22. 1.) L. 14. L. 41. § 1. L. 60. L. 98. § 1. L. 137. § 2. 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(3) L. 9. D. *qui sine manum.* (40. 8.)

2.° Se il tempo è lasciato alla discrezione del debitore, allora questi può indugiare finchè vive, cosicchè la necessità di adempire comincia primamente ne' suoi eredi (4).

3.° Da ultimo se il tempo dell'adempimento è determinato assolutamente o relativamente (5) (nel qual caso l' indicazione di un termine che spesso ritorna devesi nel dubbio riferire a quel che prossimamente verrà (6) (a), ed allorchè la prestazione dee seguire in più giorni, settimane, mesi, o anni, due di tali periodi di tempo si hanno a ritenere come il termine voluto) (7), il debitore per verità non è mai tenuto di adempir più presto (8), ma il può certamente (9), se la determinazione del tempo non siasi fatta manifestamente per la maggiore utilità del creditore (10). Lo stabilimento del tempo nel quale o dopo del quale il debitore può venire obbligato all' adempimento può farsi non solamente nel tempo che si contrae l' obbligazione, ma anche posteriormente, ed in tre guise: 1) mediante un *pactum de non petendo* espresso dal creditore *in diem* o *in personam* (11), al che egli può talvolta anche venir obbligato, giacchè secondo una disposizione di Giustiniano, quando un debitore dichiara che, se non gli si conceda un termine da parte de' suoi creditori, egli debba abbandonare a costoro il suo patrimonio, e quei che riuniti insieme hanno dritto a prenderne la maggior parte, consentono a dare un termine, ciò obbliga anche gli altri, non però al di là di cinque anni (12). 2) Mediante un così detto *moratorium* allorchè per un privilegio speciale vien conceduta al debitore

(4) L. 4. L. 9. D. *eod.* L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de legat.* III. (32.). Alcuni Giureconsulti Romani volevano che le convenzioni con una siffatta determinazione di tempo non fossero valide, altri aveano la stessa opinione ma solo condizionalmente L. 46. § 2. D. *de V. O* (45. 1.)

(5) Una tale determinazione può venire anche indirettamente L. 2. § 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(6) L. 13. L. 41. pr. § 2 D. *de V. O.* (45. 1.)

(7) L. 17. § 3. D. *de manum. test.* (40. 4.) L. 217. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(8) § 2. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 42. D. *eod.* (45. 1.) L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 38. § 16. L. 41. § 1. L. 137. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 17. D. cit. L. 15. D. *de annuis legatis* (33. 1.)

(11) L. 7. § 8. L. 17. § 3. 7. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. pr. L. 22. L. 23. L. 25. § 1. L. 27. § 1. L. 56. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(12) L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.)

(a) P. es. se alcuno si sarà obbligato di far qualche cosa per le Calende di Gennajo, senza aggiunger le prime, le seconde, etc. s' intenderà obbligato per le prossime calende di Gennajo. Nota del Trad.

una dilazione pel pagamento, il qual favore nella Romana repubblica s' incontra più volte come una regola generale, ed ordinariamente dava la facoltà di pagare i debiti in tre termini annuali, *annua*, *bima*, *trina die* (13); ma dagl' Imperadori d' ordinario si concedeva particolarmente a' singoli creditori (14); in questa forma però esso non giovava agli eredi del debitore (15). E 3) mediante la cessione de' beni, giacchè il debitore gode dipoi del benefizio della competenza, e quindi non può esser convenuto prima che egli abbia nuovamente più di quello cho al suo sostentamento è necessario (16). Per rispetto agli effetti che derivano, allorchè non si è osservato il termine dell' adempimento, son da distinguere tre casi: 1) Il creditore intenta l' azione prima del tempo. Secondo il dritto antico, per questa *plus petitio tempore* egli perdeva il suo credito subitochè il debitore ricorreva a questo mezzo di difesa (17). Nondimeno Zenone mitigò questo rigore disponendo che si dovesse soltanto raddoppiare il termine, di cui il debitore dovea godere, e che il creditore non potesse nuovamente riprodurre l' azione prima di aver pagato le spese del precedente giudizio (18). 2) Il debitore adempie prima del tempo. In generale ciò non gli dà dritto a risarcimento; ma ha luogo una eccezione allorchè un debito di cose fungibili non produttivo d'interessi, per soddisfare al desiderio del creditore, vien pagato prima della scadenza, nel qual caso il debitore può fare una deduzione che appellasi *interusurium* (19), *commodum repraesentationis* (20), disconto, il quale è da calcolarsi secondo la ragione degl' interessi (21). 3) L' adempimento non segue

(13) Dion. Hal. VI. 29.; Liv. II. 24. VI. 35. VII. 27.; Dio Cassii Excerpta Vaticana n. 42. ed. Sturz. Confr. gli scritti storici di *Niebuhr* parte 2. Bonn 1843. p. 245. seg.

(14) L. 2. L. 4. D. *de prec. imper. offer.* (1. 19.) L. 8. L. 8. C. Th. *de divers. rescr.* (1. 2.)

(15) L. 1. § 1. D. *de jure immun.* (50. 6.) L. 3. § 1. D. *de censib.* (50. 15.)

(16) L. 4. 6. 7. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 3. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.) V. § 226.

(17) Caj. IV. 123. § 33. J. *de action.* (4. 6.)

(18) L. 1. C. *de plus petit.* (3. 10.) § 10. J. *de except.* (4. 13.)

(19) L. 9. § 8. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 66. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(20) L. 24. § 2. D. *sol matr.* (24. 3.) L. 1 § 10. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.) L. 10. § 12. L. 17. § 2. D. *quae in fraud. cred.* (12. 8.)

(21) Ciò in vero non è espressamente detto in niun luogo, neppure nella L. 3. § 2. L. 88. § 2. D. *ad leg. Falc.* (35. 1.) Nov. 131. c. 12., ma si deduce dalla denominazione *interusurium* messa in relazione con la circostanza che altrimenti mancherebbe una misura stabile della valutazione. Nondimeno sull' applicazione di questa misura ci ha

al tempo debito. Questa è una delle più frequenti e più importanti violazioni del rapporto di obbligazione e però richiede che qui se ne faccia una spiegazione particolare (22).

B. Della mora in particolare. (*)

§. 222. Se è da imputare a colpa di una parte, o almeno se da essa è proceduto che l'obbligazione non sia stata adempita a tempo debito, ciò viene indicato come un suo indugio o mora (1). Ed una siffatta mora può incontrarsi non solo da parte del debitore come *mora solvendi*, ma eziandio da parte del creditore come *mora accipiendi* (2). In ambidue i casi vi sono annessi parecchi danni pel moroso, i quali possono anche accrescersi mediante il contratto con pene convenzionali (3). 1) Il debitore è esposto ai seguenti danni che colpiscono anche i suoi eredi (4), i suoi fidejussori (5), e coloro che per qualsivoglia ragione son risponsabili per lui (6). A. Se l'obbligazione è di buona fede, egli

tre teorie: 1) quella di *B. Carpzov* Decis. P. III. n. 275. si debbono dedurre gl' interessi che il capitale dovuto può produrre fino alla scadenza; 2) quella di *G. A. Hoffmann* in *Polack* Mathes. forens. p. 129. seg.: si deve pagare quella somma che coi semplici interessi, i quali essa può produrre fino alla scadenza agguaglia il capitale dovuto; e 3.) quella di *G. G. Leibnitz* in Act. erudit. 1683. p. 425. seg.: si dee pagar quella somma che unitamente agl' interessi, ed agli interessi d' interessi da ritrarsi fino alla scadenza corrisponde alla somma dovuta. La teorica di Hoffmann come la sola giusta vien sostenuta da *Schrader* Tratt. civ. n. 2., e da *Zachariä* sul modo legittimo di computar l' *interusurium* Greifswald 1831. 8.; ma la cosa dipende dalle circostanze nelle quali si deve computare l' *interusurium*.

(22) V. § 222.

(*) *L. O. Madai* la dottrina della mora. Halle 1837. 8.; *C. W. Wolff* Sulla dottrina della mora Gottingen 1841. 8.

(1) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.). Talvolta ma di rado truvasi anche *mora* in un senso objettivo, in generale come indugio e dilazione p. es. nella L. 51. D. *de pecul.* (15. 1.) « *mora temporis quod datur judicatis* L. 9, § 1. *de usur.* (22. 1.) L. 13. L. 26. § 4. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) « *mora fortuit.* » L. 26. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 10. C. *de praescr.* l. t. (7. 33.)

(2) L. 37. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3)

(3) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(4) L. 27. D. *de usur.* (22. 1.) L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.)

(5) L. 54. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 24. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 88. L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 58. § 1. D. *de fidejus.* (46. 1.)

(6) L. 32. § 3. D. *de usur.* (22. 1.) L. 49. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11.—13. D. *ad munic.* (50. 1.)

dee risarcire tutti i danni che il creditore ha sofferti per la mora (7), ma per questo oggetto non ha luogo alcuna azione separata dall'azione che nasce dall'obbligazione principale (8). Trattandosi di cose fungibili il creditore non è neppure tenuto a dimostrare il danno effettivo, ma piuttosto gli competono senza condizione alcuna gl' interessi moratorii, *usurae morae*; ma dall'altro lato non può chiedere un risarcimento maggiore degl' interessi che corrono nel paese, *usurae ex more regionis* (9). Ciò non vale per le *obligationes stricti juris* (10), sebbene anche qui dal momento della contestazione della lite nasca una somigliante obbligazione (11), ed è anche una speciale limitazione che sulle pene o prestazioni accessorie, salvo per la *hereditatis petitio*, anche ne' giudizi di buona fede non si possono richiedere interessi moratorii neppure dalla contestazione della lite in poi (12). B. Nelle obbligazioni di fare il creditore in luogo della prestazione ritardata può domandare il risarcimento del danno (13), ed allora anche ne' giudizi di stretto dritto può mettere a computo tutto l' interesse che egli avea che la prestazione fosse a tempo debito eseguita (14). C. Se una convenzione bilaterale a cagione della mora di una parte ha perduto la sua utilità per l' altra, questa può ritirarsi indietro dal contratto (15), e nella società per qualunque indugio ciò è senza alcuna restrizione permesso (16). D. La mora fa sì che il debitore sia sempre risponsabile per la colpa lieve, anche allorchè egli non sarebbe altramente tenuto che della grave (17), ed E. anzi sopporta il rischio del

(7) L. 17. § 1. D. *de R. V.* (6. 1.) L. 21. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. pr. L. 38. pr. § 1. 14. 15. D. *de usuris* (22. 1.) L. 113. § 1. L. 114. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. L. 10. C. *de act. empti* (4. 49.)

(8) L. 129. § 1. L. 178. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 26. pr. C. *de usuris* (4. 32.) L. 4. C. *depos.* (4. 34.)

(9) L. 1. pr. L. 32. § 2. L. 34. D. *de usur.* (22. 1.) L. 19. D. *de peric.* (18. 6.) L. 6. § 12. L. 7. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(10) L. 22. D. *de donat.* (39. 5.)

(11) L. 2. L. 3. § 1. L. 35. D. *de usuris* (22. 1.) Confr. § 76. n. 6.

(12) L. 15. D. *de usuris* (22. 1.) L. 9. D. *de magistr. conven.* (27. 8.) Confr. con L. 51. § 1. D. *de hered. pet.* (5. 2.)

(13) V. sopra § 220. n. II.

(14) L. 11. D. *de re jud.* (42. 1.)

(15) L. 137. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. C. *de pact. inter empt. et vend.* (4. 54.) L. 13. § 10. L. 30. pr. L. 35. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 3. C. *eod.* (4. 65.). Non si oppone la L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(16) L. 14. L. 15. D. *pro socio* (17. 2.)

(17) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 14. § 11. D. *de furtis.* (47. 2.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.)

casus (18) in quanto egli non possa dimostrare, che anche se la prestazione fosse seguita a tempo debito, il caso avrebbe parimente colpito il creditore (19). F. Inoltre nella valutazione del danno avvenuto per colpa o per caso si deve aver riguardo al maggior valore che la cosa ha avuto in qualunque tempo durante la mora (20). 2) Per contrario la mora del creditore produce i seguenti effetti : A. Il debitore non è risponsabile che pel dolo e per la colpa grave (21), e se dee prestare il valore della cosa non è tenuto che al più basso prezzo della medesima (22). B. Allorchè il creditore per convenzione o per qualsivoglia altra ragione non porta il rischio del caso, questo rischio nondimeno per la sua mora va a suo carico (23), il che si applica anche quando in una *obligatio quantitatis* il debitore durante la mora ha perduto per un accidente la cosa che avea destinata all' adempimento dell'obbligazione (24). C. Il dritto ad una pena convenzionale pel non adempimento o pel ritardato adempimento di un' obbligazione ; come pure il dritto al godimento del pegno nell' antieresi va perduto (25). D. Il creditore moroso, il quale dal suo canto debba qualche cosa, non può contro l'altra parte invocare il suo credito ; il quale per questo riguardo si ha come soddisfatto, e questa massima è soprattutto importante nelle obbligazioni bilaterali (26). E. Se alcuno ha da consegnare de' liquori, e non trova modo da disfarsene, può versarli in quanto abbia bisogno de' recipienti (27). F. Trattandosi di altre cose per verità non è permesso di gettarle via ; ma nondimeno il debitore nel luogo

(18) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 30. § 1. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 8. § 4. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 23. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 47. § 6. L. 108. § 11. D. *de legat.* I, (30.) L. 23. L. 24. L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. L. 6. C. *de peric.* (4. 48.)

(19) L. 14. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 14. § 11. D. *quod metus causa* (4. 2.)

(20) L. 8. § 1. L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 3. L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 37. D. *mand.* (17. 1.) L. 3. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.)

(21) L. 5. L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 9. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.)

(22) L. 3. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 37. D. *mand.* (17. 1.)

(23) L. 5. D. *de peric.* (18. 6.) L. 36. D. *locati* (19. 2.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 9. in fine D. *de solut.* (46. 3.)

(24) L. 30. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 73. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(25) L. 113. pr. L. 122. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 8. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. § 1. 3. D. *de recept.* (4. 8.) L. 11. C. *de usuris* (4. 32.)

(26) L. 9. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. D. *de R. J.* (50. 17.) Nov. 91. c. 2. Confr. L. 9. § 5. L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(27) L. 1. § 3. 4. L. 2. pr. D. *de peric.* (18. 6.)

ove dovrebbe consegnarle può giudizialmente depositarle dopo averle suggellate, e per tal modo si libera dalla sua obbligazione (28). Pare che questo espediente fosse introdotto nell' editto del pretore (29), e da prima riguardasse soltanto il danaro, ma secondo il dritto più recente fu ammesso anche per le altre cose mobili (30). Del rimanente finchè il creditore non è venuto a prendersi le cose depositate, il debitore può ripigliarsele e far rivivere per tal modo il suo debito (31). Anticamente è probabile che per la mora del creditore cessasse anche il corso degl'interessi (32), e che il creditore moroso perdesse il dritto di vendere il pegno (33); ma secondo i principî più recenti gl'interessi continuano a correre fino al deposito; eccetto solamente gl' interessi moratorii (34), e del pari solo mediante il deposito dell'ammontare del debito si estingue il dritto di vendere il pegno (35). Ma affinchè abbiano luogo i prefati effetti 1) nella *mora solvendi*, oltre alla scadenza del debito è necessario che concorrano le seguenti condizioni: A. deb-b' essere stato in potere del debitore di adempiere la sua obbligazione, cosicchè si possa dire che da lui sia proceduto, *per eum stetit* che l' obbligazione non fu adempiuta (36); il perchè non si ammette alcuna mora allorchè la prestazione a tempo debito sia stata impedita da circostanze non imputabili al debitore (37). B. L' indugio debbe aver origine dal dolo o dalla colpa del debitore (38), e però non si ha mora

(28) L. 7. L. 18. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. L. 9. L. 19. C. *de usur.* (4. 32. L. 1. C. *qui potior.* (8. 18) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 9. C. *de solut.* (8. 43.). Il deposito senza una precedente *mora accipiendi* non produce naturalmente niun effetto L. 2. C. *de usur.* (4. 32.)

(29) Cic. *ad famil.* (13. 56.)

(30) Nov. 91. c. 2.

(31) L. 19. C. *de usur.* (4. 32.) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.)

(32) L. 28. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.). Non si oppone Cic. l. c.

(33) L. 5. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 6. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

(34) L. 1. § 3. L. 7. D. *de usur.* (22. 1.) L. 28. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.) Confr. L. 4. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(35) L. 8. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 2. C. *debit. vend. pign.* (8. 29.) L. 3. C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 10. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(36) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 23. L. 114. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 37. D. *mandati* (17. 1.)

(37) L. 17. § 3. L. 21. L. 22. L. 23. pr. D. *de usur.* (22. 1). L. 23. § 1. D. *de recept.* (4. 8.) L. 3. § 4. L. 51. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 137. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.)

(38) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 2.) L. 91. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.). Nelle obbligazioni, in cui il debitore non risponde che del *dolus* e della *culpa lata*, come nel *deposi-*

allorchè il credito non si può richiedere con un' azione, imperocchè qui il debitore non è tenuto a prestare (39), o allorchè il debito è stato litigioso, in quanto non possa dimostrarsi che il debitore lo abbia maliziosamente impugnato (40). C. Da ultimo è mestieri che il creditore abbia notificato con un avvertimento, *interpellatio*, al debitore o al suo rappresentante che egli non voglia aspettare, e quindi bisogna che sia stato diligente in richiedere la soddisfazione, al che si riferisce la massima: *mora fit ex persona* (41). Questo avvertimento per verità non è legato ad alcuna forma particolare (42), ma non è valido se non quando è diretto ad una persona capace di volontà (43), in circostanze che permettano che vi si abbia riguardo, *opportuno loco* (44), e non prima della scadenza (45). Giustiniano ha eziandio dichiarata priva di effetto l' interpellazione allorchè prima che sien decorsi nove giorni si è fatta a' fidejussori o a' parenti di un debitore morto (46). Per eccezione intanto s' incorre nella mora anche senza interpellazione, per la sola scadenza, *mora ex re* (47): a) allorchè il debitore non si trova e quindi non ha potuto essere avvertito (48), b) allorchè il creditore è minore, ma solo per rapporto agl' interessi del debito, la qual cosa da prima Settimio Severo avea introdotta solamente pei legati fatti a' minori, ma venne dipoi estesa dalla pratica Romana a tutti i crediti (49), c) per le obbligazioni di restituire de' ladri, rapitori, o violenti possessori (50), d) pel legato della libertà

tum, pare che anche il *dolus* o la *culpa lata* si richiegga alla mora L. 1. § 22. L. 13. pr. D. *depos.* (16. 3.)

(39) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 88. D. *de R. J.* (50. 17.)

(40) L. 21. L. 22. L. 24. pr. L. 47. D. *de usur.* (22. 1.) L. 13. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 3. § 5. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 82. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 63. D. *de R. J.* (50. 17.)

(41) L. 32. pr. L. 24. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 23. L. 24. D. *de V. O.* (45. 1.) Paul. S. R. III. 8. § 4.

(42) L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 32. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(43) L. 24. D. *de V. O.* (45. 1.)

(44) L. 32. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 20. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(45) L. 49. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(46) Nov. 115. c. 5 § 1.

(47) L. 23. § 1. L. 32. pr. D. *de usur.* (22. 1.). Ma qui cessa soltanto il requisito della interpellazione e non già quello della *culpa* L. 13. L. 26. § 4. D. *de fideic. lib.* (40. 5.). *Madai* p. 24.

(48) L. 23. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 2. D. *de naut. foen.* (22. 2.)

(49) L. 26. § 1. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. C. *in quib. caus. in integr. rest.* (2. 41.). Questo caso strettamente preso non appartiene qui, ma sibbene alle cause, sulle quali son fondati gl' interessi legali.

(50) L. 8. § 1. L. 20. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 30. § 1. D. *de jurejur.* (12.

almeno a vantaggio de' figliuoli dello schiavo liberato (51), e) pei legati fatti alle Chiese ed agli Stabilimenti pii (52). A ciò f) si può anche aggiungere che gli effetti convenzionali della mora secondo Giustiniano debbono aver luogo pel solo decorrimento del tempo, senza bisogno d' interpellazione (53), il che prima era controverso, sebbene la maggior parte de' giureconsulti tenesse per l'opinione che fu approvata da Giustiniano (54). Per contrario la regola da molti stabilita : *dies interpellat pro homine*, secondo la quale, allorchè è determinato il *dies solutionis* non v' è mestieri di alcuna interpellazione, non è fondata (55), salvo quando o una disposizione di legge ; o disposizioni private abbiano espressamente imposto l'obbligo al debitore di pagare alla scadenza anche senza alcuna richiesta (56), o quando il debitore medesimo come amministratore del patrimonio del creditore abbia dovuto per conto di costui ricever la prestazione (57). 2) Più semplici sono i requisiti della *mora accipiendi*, la quale non presuppone neppure la colpa del creditore, ma soltanto che l' impedimento di adempiere sia venuto da parte di lui (58). E però A. allorchè il creditore medesimo abbia da intraprendere qualche cosa a fine che l'obbligazione si esegua, è già sufficiente che egli si rimanga dal fare,

2.) L. 1. § 35. L. 15. L. 19. D. *de vi* (43. 16.) L. 7. C. *de cond. ob turp. caus.* (4. 7.)

(51) L. 6. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. § 2. D. *de adim. legat.* (34. 4) L. 26. § 1. L. 53. pr. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) Confr. L. 30. § 16. L. 51. § 9. D. *eod.* L. 15. C. *eod.* (7. 4.)

(52) L. 46 § 1. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 131. c. 12.

(53) L. 12. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.)

(54) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 4. § 4. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 47. D. *de act. empt.* (19. 1.) L 9. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 9. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(55) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 49. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) Fragm. Val. § 95. 97. 112. L. un. C. Th. *de usur. rei jud.* (4. 19.) L. 1. § 2. D. *de usur.* (22. 1.). Non si oppongono le L. 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 33. L. 114. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. C. *de act. empt.* (4. 49.). Di altra opinione sono *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VI. n. 2. vol. XVI. n. 7.; H. *Ratjen* de mora Kil. 1824. 4.; *Madai* l. c. § 15-24. Veggasi per contrario *Schrodter* nel Giornale pel dritto e per la procedura civile vol. IV. n. 5. vol. VIII. n. 3.; *Wolff* l. c. § 27.

(56) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) L. 53. pr. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(57) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(58) L. 3. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. pr. D. *de pecun. const.* (13. 3.). Non si oppongono le L. 37. D. *mand.* (17. 1.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.). Di altra opinione è *Madai* § 36.

qualunque ne sia la cagione (59), anche quando il debitore sia parimente rimasto inoperoso (60). In altro caso è regola in vero che il creditore debba aver ricusato senza una legittima ragione la prestazione offertagli (61), ma nondimeno si ha come equivalente al rifiuto il non trovarsi il creditore, quando il debitore abbia manifestato al giudice la sua intenzione di voler adempiere alla sua obbligazione (62), e si ritiene anche come *mora accipiendi* quando il creditore di un debito in parte controverso non vuol ricevere la sola parte sulla quale non cade controversia (63). Con la estinzione dell' obbligazione cessano le conseguenze di ogni mora per l' avvenire, anche nel caso della novazione (64), ed il medesimo effetto si verifica per la mora posteriore dell' altra parte, il che avviene allorchè il debitore moroso si mostra di pòi pronto alla prestazione, ed il creditore senza una ragione legittima non vuole accettarla (65), o viceversa il creditore moroso si dichiara pronto ad accettare, ed il debitore non adempie (66). Il corso degl' interessi moratorii viene anche arrestato dalla condanna del debitore, ma trascorso il termine per la esecuzione *tempus judicati*, se in questo termine non si è pagato, cominciano a correrre interessi più alti, *usurae rei judicatae* (67).

(59) L. 39. D. *de solut.* (46. 3.) L. 36. D. *locati* (19. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de peric.* (18. 6.) L. 6. D. *de optione leg.* (33. 5.) L. 18. pr. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 9. D. *de act. empti* (19. 1.)

(60) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 51. pr. D. *de act. empti* (19. 1.)

(61) L. 72. pr. § 2. L. 39. D. *de solut.* (46. 1.) L. 73. § 2. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 9. § 5. L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. pr. L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 23. § 3. D. *de recept.* (4. 8.) L. 37. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 6. L. 9. L. 19. C. *de usur.* (4. 32.) L. 9. C. *de solut.* (8. 43.). Per le cose fungibili io ritengo per necessaria una offerta reale secondo le L. 9. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 6. L. 19. C. *de usur.* (4. 32.); ma non già per le altre cose mobili, per cagione della L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(62) L. 4. § 4. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 6. C. *de usur.* (4. 32.)

(63) L. 21. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(64) L. 8. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 29. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 17. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(65) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. pr. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 73. § 2. L. 91. § 3. L. 135. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(66) L. 24. D. *de recept.* (4. 8.) L. 17. D. *de peric.* (18. 6.) L. 91. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.)

(67) L. 13. C. *de usur.* (4. 32.) L. 1-3. C. *de usur. rei. jud.* (7. 54) L. un. C. Th. *eod.* (4. 19.)

4) *Per rapporto al luogo.*

§ 223. Nell'adempimento delle obbligazioni la considerazione del luogo è importante in tre rapporti.

1.° Da prima si domanda dove si deve intentar l'azione per l'adempimento. Per questo riguardo vale anche qui la regola generale che ciascuno debb' esser convenuto nel suo domicilio (1). Ma col domicilio concorre 1) il luogo dove l' obbligazione è sorta e quindi dove la convenzione si è conchiusa (2), dove si è fatto l'affare, o tenuta l'amministrazione per la quale il debitore è risponsabile (3), dove il delitto si è commesso (4), ed in generale dove ha avuto luogo l'avvenimento che ha generato l' obbligazione (5), presupposto però nelle convenzioni, che queste non sieno conchiuse semplicemente per caso nel corso di un viaggio, ma che invece il contraente da convenirsi per l' adempimento delle medesime siasi per certo tempo fermato ed abbia fatti degli affari nel luogo del contratto (6); 2) il luogo ove si è stabilito che si debba intentar l' azione (7), o fare la prestazione (8); 3) e per eccezione anche il luogo ove appunto ritrovasi il debitore (9).

2) Quando si può intentar l' azione in più luoghi, allora diviene importante il luogo dove effettivamente si è agito, perchè secondo questo si regolano in parte le prestazioni del convenuto (10).

3.° Ma principalmente si prende in considerazione il luogo nel quale

(1) L. 19. § 4. L. 50. § 2. L. 65. D. *de judic.* (5. 1.) L. 1. L. 2. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(2) L. 2. § 4. L. 19. § 2. 3. L. 45. D. *de judic.* (5. 1.) L. 6. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) Nov. 69. c. 1.

(3) L. 19. § 1. L. 20. L. 36. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 54. § 1. D. *de procur.* (3. 3.) L. 1. L. 2. C. *ubi de ratiocin.* (3. 21.)

(4) L. 43. D. *de nox act.* (9. 4.) L. 1. C. *ubi de crim.* (3. 15.) L. un. C. *ubi de possess.* (3. 16.) L. 1. C. *ubi senatores* (3. 24.) Nov. 69 c. 1.

(5) L. 19. § 1. L. 20. L. 36. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 108. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. un. C. *ubi de fideic.* (13. 7.)

(6) L. 19. § 2. D. *de judic.* (5. 1.) L. un. C. *de nund.* (4. 60.)

(7) L. 1. L. 2. pr. § 1. L. 19. § 2. D. *de judic.* (5. 1.) Cato *de re rust.* c. 140.

(8) L. 19. § 4. L. 51. D. *de judic.* (5. 1.) L. 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 5. § 1. L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 21. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(9) L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.). V. la nota 31.

(10) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.). V. § 220. Nota 10, e 11.

si deve adempire l' obbligazione, il che nondimeno si vuol intendere solo del caso che si tratti di mobili o di azioni, imperocchè gl'immobili non possono esser consegnati che nel luogo ove son situati. Or 1) se nulla è stabilito sul luogo della prestazione, A. le cose mobili specialmente determinate si debbono consegnare e ricevere nel luogo ove si trovano (11), eccetto quando il debito è fondato su di un legato, giacchè allora le cose legate debbono esser rilasciate nel domicilio del testatore (12), o quando il creditore vuol sopportare le spese del trasporto nel luogo dove si è intentata l' azione (13), o quando il debitore maliziosamente le ha trasportate in qualche luogo, nel qual caso egli dee a sue spese presentarle nel luogo dell'azione (14). B. Per contrario le cose fungibili o altre cose determinate soltanto in quanto alla specie si debbono dare nel luogo dell' azione (15), purchè non si tratti di una determinata sorta di cose che si trovi particolarmente in qualche luogo, nel qual caso il debitore non è tenuto a dare la cosa che nel luogo ove quella sorta si trova (16), ovvero non si tratti di un debito per ragione di mutuo, nel qual caso il creditore può chiedere il pagamento anche nel luogo dove il mutuo fu contratto (17). C. Finalmente le obbligazioni di fare si debbono eseguire nel luogo ove i servigi dovuti, secondo il loro scopo possonò tornare utili (18); che se le azioni promesse fosser tali, che senza una determinazione di luogo non sarebbero capaci di alcuna stima del loro valore, l' obbligazione sarebbe interamente nulla (19). 2) Ma il luogo della prestazione può anche esser determinato per convenzione o per disposizione testamentaria (20), ed allora s' intende da sè in generale che la prestazione non può esser richiesta, nè vi è obbligo di accettarla in altro luogo (21). Se si sono

(11) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 12. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(12) L. 108. pr. D. *eod.* Confr. L. un. C. *ubi fideicommissum* (3. 15.)

(13) L. 12. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 11. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(14) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 11. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 22. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 47. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(16) L. 38. D. cit. L. 47. § 1. D. cit.

(17) L. 45. § 1. D. *de judic.* (5. 1.)

(18) L. 21. D. *de op. lib.* (38. 1.)

(19) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 115. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(20) L. 4. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 2. § 1. L. 5. L. 7. pr. § 1. L. 9. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(21) § 33. J. *de act.* (4. 6.) L. 51. D. *de judic*, (5. 1.) L. 1. L. 2. § 7. L. 9. D.

indicati più luoghi copulativamente, la prestazione si deve dividere (22); per contrario se si sono stabiliti elettivamente, appartiene al debitore la scelta fino a che egli non si lascia convenire in giudizio, nel qual caso la scelta passa nel creditore (23), purchè l'obbligazione non sia nel tempo stesso alternativa in modo che si debba dare in un luogo una cosa, o in un altro luogo un'altra, giacchè il creditore allora deve per cagione dell' oggetto riserbare la scelta al debitore (24). Pel caso poi che non si faccia la prestazione nel luogo determinato è da distinguere: A. Il debitore è moroso ed in generale non ha fatta la prestazione. a) Nelle obbligazioni di buona fede si possono in tal caso intentare le azioni da esse risultanti per ottenere la prestazione nel debito luogo, ed il risarcimento per la mora (25). b) Nelle obbligazioni di stretto dritto l'azione che ne risulta tende sibbene ad ottener la prestazione nel luogo stabilito, inquanto sia stato stabilito nella stessa formazione dell'obbligazione (26), ma siccome le azioni di stretto dritto non si estendono alla indennità per la mora (27), e neppure alla prestazione nel debito luogo, allorchè questo non è stato determinato che mediante un *pactum adjectum* (28), così l' editto del Pretore ha introdotto per tal caso un' azione arbitraria *de eo quod certo loco* (29), la quale in due rapporti è più utile al creditore che le azioni di buona fede. Imperocchè in essa il risarcimento del danno a cagione della mora non è ristretto agl' interessi moratorii, ma abbraccia tutto quanto l' *interesse* del creditore (30), ed il creditore in qualunque luogo trova il debitore può intentar l'azione per costringerlo a far quivi la prestazione (31). Ma quando ciò avviene ed il luogo dell'azione in confronto del luogo ove dovrebbe eseguirsi la prestazione è svantaggioso al debitore, il giudice nel suo *arbitrium* dee valutar più ristret-

de eo quod certo loco (13. 4.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 39. D. *de solut.* (46. 1.)

(22) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(23) L. 2. § 4. D. *eod.*

(24) L. 2. § 3. D. *eod.*

(25) L. 7. pr. D. *eod.* L. 5. pr. D. *commod.* (13. 6.)

(26) L. 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 122. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 47. pr. D. *de legat.* I. (30.)

(27) V. § 222. Nota 10.

(28) V. § 63. Nota 13.

(29) L. 1. L. 2. pr. § 1. L. 5. L. 6. L. 7. § 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(30) L. 2. § 8. L. 3. L. 4. pr. L. 8. L. 10. D. *eod.*

(31) L. 1. L. 2. pr. L. 8. D. *eod.* L. un. C. *ubi conven. qui certo loco* (3. 18.) L. 16. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.)

tamente l' *interesse* del creditore (32), anzi può anche permettere al debitore di far la prestazione nel luogo originariamente stabilito, allorchè egli offre cauzione di ciò fare effettivamente, ed al creditore non importa di ricevere la prestazione precisamente nel luogo ov' egli ha introdotta l' azione (33). B. Il creditore ha accettato la prestazione in un luogo diverso da quello ove avea dritto di riceverla, ma nondimeno non si è dichiarato contento di ciò. In tal caso egli non può certamente richiedere un' altra volta la prestazione medesima, ma può bene dimandare l' *interesse* che egli avea in ciò che la prestazione gli fosse fatta nel debito luogo (34). Prescindendo dall' *actio de eo quod certo loco*, si commetteva, secondo il dritto antico, una *plus petitio* la quale portava la perdita del diritto, quando il creditore domandava la prestazione in un luogo diverso da quello che o per legge o per una special convenzione gli competeva; ma Zenone ha modificato questa regola in ciò che il creditore dee soltanto risarcire nel triplo al debitore le spese e i danni per la domanda illegale (35).

IV. ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI:

1) *In generale.*

§ 224. L' applicazione de' mezzi forzosi di esecuzione contro un debitore, secondo il dritto nuovo presuppone sempre che il medesimo sia stato condannato, o abbia confessato il debito, o per lo deferimento del giuramento abbia perduto la causa, e che il termine dell' esecuzione sia trascorso, *tempus judicati* (1), e quindi sia stata promossa dal creditore *l' actio rei judicatae*, o l' *actio confessoria* o l'*actio jurisjurandi* (2), mentre secondo il dritto antico in alcune circostanze anche senza una precedente condanna poteva aver luogo un'esecuzione contro un debitore moroso (3). La più semplice esecuzione è quando si debbono consegnar delle cose che il debitore possiede, nel qual caso queste gli possono esser tolte di mano (4). In tutti gli altri

(32) L. 2. pr. § 8. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. un. C. *eod.*
(33) L. 4. § 1. D. *eod.*
(34) L. 2. § 7. D. *eod.*
(35) § 33. J. *de act.* (4. 6.)
(1) L. 1. L. 9. C. *de execut. rei jud.* (7. 35.) L. 2. L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.) L. 58. D. *de re jud.* (42. 1.) Confr. § 77. Nota 14.
(2) V. § 77. Nota 13. e § 78. Nota 13. 35. 36. 42.
(3) Caj. IV. § 22-25. 27. 28.
(4) L. 68. D. *de rei vind.* (6. 1.)

casi sono possibili solo de' mezzi indiretti di costringimento per determinare il debitore all' adempimento della sua obbligazione, o per ottenere ciò che si richiede per la soddisfazione del creditore, e siffatti mezzi di costringimento sono: 1) la *manus injectio* il più antico, ed originariamente il solo mezzo di costringimento di questa specie, il quale anche quando non si ebbe più il diritto di uccidere o di vendere come schiavo il debitore, tuttavia si ammise in tutti i debiti nello scopo di costituire un arresto personale per debiti (5), finché il debitore non avesse ceduto il suo patrimonio a' creditori (6), con la semplice eccezione introdotta la prima volta da Costantino che niuno possa esser menato in prigione pel pagamento delle pubbliche imposte (7). 2) La *pignoris capio*, la quale veramente non ha più luogo nella sua forma più antica come *legis actio per pignoris capionem* eseguita dal medesimo creditore (8), ma sibbene nella forma introdotta da Antonino Pio come un pegnoramento giudiziale nel fine di eseguire la sentenza, *pignus in causa judicati captum* (9), e questo è appunto il mezzo di esecuzione più comunemente adoperato e che è di competenza di ogni giudice, anche de' semplici magistrati municipali (10). 3) La *mulctae dictio* (11), il qual mezzo di costringimento è principalmente appropriato a vincere nelle obbligazioni di fare l' ostinazione o la negligenza del debitore, ma s' incontra anche in diverse applicazioni per costringere all' adempimento delle obbligazioni (12); nondimeno non pare che

(5) V. § 129. Nota 21.

(6) V. § 226.

(7) L. 2. C. *de exactor. trib.* (10. 19.) L. 3. C. Th. *de exaction.* (11. 7.) Confr. L. 2. C. Th. *de cohortal.* (8. 4.). La disposizione di Costantino è ripetuta dai suoi figliuoli nella L. 7. C. Th. *de exact.* (11. 7.). Nondimeno pare che questi nella L. 3. C. *de exactor.* (10. 19.) ammettano una eccezione quando il debitore delle imposte abbia nel tempo stesso altri debiti verso persone private, col che veramente diviene illusoria tutta la disposizione.

(8) V. § 193. Della *pignoris capio ob damnum infectum* ch' era tuttora ammessa al tempo di Cajo, Cajus IV. 31., nel dritto di Giustiniano non si fa più menzione, sebbene la L. 23. D. *de pecul.* (15. 1.) alluda tuttavia a questa.

(9) V. § 193. e 198.

(10) L. 31. D. *de re judic.* (42. 1.) L. 29. § 7. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 3. § 1. D. *de reb. cor.* (27. 9.). Quando nella L. 50. D. *de evict.* l' oppignorazione appellasi un procedimento *extra ordinem* ciò vuol dir soltanto ch' essa non appartiene agli antichi mezzi di esecuzione.

(11) L. 131. L. 244. D. *de V. S.* (50. 16.). Secondo Festo p. *Mulcta mulcta* dev' essere stato l' antico nome osco adoperato a significar pena.

(12) L. 2. § 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.* (2. 5.) L. 32. § 12. D. *de recept.* (4. 8.) L. 2. § 8. D. *de judic.* (5. 1.) L. 9. § 6. D. *ad leg. jul. pecul.* (48. 13.) Confr.

fosse adoperato per l'esecuzione delle sentenze (13). 4) La *missio in possessionem rei servandae causa*, ma questa non s' incontra solamente contro i debitori condannati, e per tal ragione ha mestieri di una più speciale dichiarazione (14).

2) *Nel caso del concorso:*

A. Bonorum possessio auctoritate judicis (*).

§ 225. In più casi ha luogo un particolare procedimento per impiegare indipendentemente dal debitore tutto quanto il suo patrimonio, a soddisfare i suoi creditori, il che ora si suole addimandare *concorso*. Questo può avvenire con la volontà del debitore (1), ma anche senza il consenso del medesimo; per siffatta operazione le espressioni tecniche sono: *bona possidentur auctoritate* (2), e *missio creditorum in possessionem rei servandae causa* (3), perchè questo procedimento comincia col dare ai creditori l' immissione nel possesso de' beni del debitore. Come ogni altra immissione nel possesso de' beni del debitore anche questa trae origine dall' editto del Pretore (4), e si ritiene come il verisimile autore di questo procedimento il pretore P. Rutilio Rufo (5), la cui pretura ricade all' anno di R. 640 (6). Nondimeno s' incontra qualche cosa di simigliante anche nel dritto civile antico, come un editto non dubbioso del Console P. Servilio dell' anno di R. 259 ci mostra, il quale editto promise ai malcontenti plebei un *moratorium* durante la guerra, e con ciò presuppone un dritto de' creditori di mettersi in possesso de' beni de'

anche L. 14. § 2. D. *de relig.* (11. 7.) L. 1. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 9. D. *de muner.* (50. 4.) Gell. XIV. 7.

(13) Non si oppone la L. 13. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(14) V. § 225.

(*) *Stieber* de bonorum emptione. Lipsia 1827. 8.; *Bethmann Hollweg* Manuale della procedura civile § 26. seg.

(1) V. § 226.

(2) Tit. D. *de rebus auctor. jud. poss.* (42. 5.) tit. C. *de bonis auct. jud. poss.* (7. 72.)

(3) L. 1. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (42. 4.)

(4) Lex Julia municipalis (Tab. Heracleensis) sect. VIII.; Cic. pro Quintio c. 6. 8. 15. 19. 25. 27.; L. 2. L. 6. L. 7. § 1. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 9. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) Theophilus III. 12. pr.

(5) Caj. IV. 35.

(6) Egli fu Console l' anno di R. 649., e per conseguenza dovè essere Pretore alcuni anni prima. Questi è quel Rutilio che Cicerone ne' suoi libri *de republica* fa prender

debitori, e di venderli (7). Da una parte ciò si spiega anche facilmente. Siccome il patrimonio di colui che diveniva schiavo sempre lo seguiva (8), e siccome la *addictio* del debitore nella *manus injectio* dava il dritto al creditore di venderlo come schiavo (9), così tanto meno dee far maraviglia che il creditore di un *addictus* si potesse appropriare anche il patrimonio di lui (10), e che i creditori generalmente non trascurassero di far uso di questo dritto per soddisfarsi, almeno per quanto fosse possibile, dal patrimonio del debitore, la qual cosa essi aveano maggior ragione di fare, se è vero che un *addictus* non poteva mai effettivamente esser venduto o ucciso (11). Per conseguenza l'*addictio* comprendeva nel tempo stesso mediatamente una *missio in bona debitoris*, non però semplicemente nel senso più recente, ma sibbene col dritto di proprietà. Ma è molto verisimile che il debitore con l'antico contratto *per aes et libram* siccome potea promettere i suoi servigi (12), così potesse anche promettere anticipatamente in luogo di pagamento tutto o parte del suo patrimonio (13), col qual mezzo allora il creditore

parte al dialogo, e di cui si conoscono anche altri Editti L. 1. § 1. D. *de bon. libert.* (38. 2.) Fragm. Vat. § 1. Confr. l'edizione del *Maj* di Cic. *de republ.* Stuttg. 1822. praefat. p. XLVII.

(7) Liv. II. 24. Ce ne presenta in tal guisa il contenuto: « Ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud Consules potestas fieret. Ne quis militis donec in castris esset, bona possideret aut venderet liberos nepotesve ejus moraretur. » Al contrario Dion. Hal. VI. 29. con più esattezza dice: Nemini licere civium Romanorum qui ad bellum contra Volscos secum proficiscerentur, aut domos retinere, aut vendere, aut pignori capere (ἐνεχυράζειν) aut eorum familiam ullius contractus causa in nervum abducere aut etiam impedire, quo minus quilibet nomen ad militiam daret, ejusque particeps esset; et qui militiam deseruissent, contra eos creditoribus jus esse exigendi pecuniam, quibuscumque conditionibus eam ipsam mutuo dedissent. »

(8) V. § 249. Nota 9-12.

(9) V. 129. Nota 14.

(10) Ciò è presupposto anche presso Dion. Hal. V. 69. » Alii censebant iis tantum remittenda debita, qui nihil possiderent, ita ut creditoribus in ipsa tantum bona, non etiam in corpora jus abducendi esset. » Per verità si è espressa l'opinione che i creditori nei tempi antichi non avesser potuto toccare il patrimonio, e che appunto da ciò si possa spiegare il primitivo rigore contro la persona del debitore; nondimeno questa opinione manca di ogni fondamento.

(11) V. § 129. Nota 15.

(12) V. § 129. n. II.

(13) Manifestamente questa possibilità serve di fondamento alla relazione di Dion. Hal. VI. 29. Ma in ciò non si può scorgere una oppignorazione del patrimonio, imperocchè il creditore non otteneva immediatamente nè possesso nè proprietà nè *jus in re* sulle cose, ma soltanto il dritto convenzionale di potersi appropriare in caso di necessità e senza una precedente *addictio* il patrimonio del debitore.

conseguiva il dritto di appropriarsi, in caso di necessità, il patrimonio del debitore, anche senza *manus injectio* (14). Una siffatta *cessio bonorum* eventuale non si opponeva affatto al dritto di quel tempo (15), e posta l'ammissibilità della medesima, si fa manifesto il senso della nota disposizione della *lex Poetelia* » *ut pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset* » (16) che per l'avvenire cioè solo il patrimonio del debitore e non già anche la persona del medesimo si potesse validamente promettere ed obbligare per la soddisfazione del creditore. Ma per l'editto di Rutilio la pretensione de' creditori sul patrimonio de' debitori prese una forma al tutto diversa. Per esso divenne principio 1) che i creditori debbano sempre domandare dal magistrato il possesso de' beni di un debitore, 2) che essi però senza necessità di *manus injectio* o di speciali convenzioni possano per determinate cagioni ottenere l'immissione; 3) che questa immissione giovi non solamente a colui che per avventura l'abbia ottenuta il primo, ma a tutti i creditori, e 4) che il patrimonio debba per regola pubblicamente esser venduto. Le disposizioni dell'editto relative a ciò son le seguenti (17):

1.° L'immissione si deve domandare presso i Magistrati investiti dell'*Imperium* (18), ed allorchè il patrimonio è posto in più regioni, per ciascuna regione presso il magistrato, sotto la cui giurisdizione ciascuna regione si trova (19).

(14) Il divieto presso Livio l. c. « Ne quis militis donec in castris esset, bona possideret et venderet » sarebbe stato totalmente superfluo, se non vi fosse stato alcun dritto di appropriarsi il patrimonio anche senza la *manus injectio* e l'*addictio*.

(15) Noi sappiamo che nei tempi antichi anche nel prestito adoperavasi la forma della *mancipatio* o del *contractus per aes et libram* § 230. Nota 18., e che in essa generalmente tutte le promesse si riguardavano come obbligatorie; Festo p. *Nuncupata*, ma sappiamo del pari potere avvenire che un patrimonio anticipatamente si trasferisse sotto la condizione di un caso futuro, mediante la mancipazione. Caj. II. 102.

(16) Livio VIII. 28. Confr. § 129. Nota 35. L'opinione qui esposta, che si dava una *cessio bonorum* convenzionale *per aes et libram*, e che la *lex Poetelia* l'approvò, si potrebbe anche confermare per l'oscura disposizione della *lex Poetelia* presso Varrone de L. L. VIII. 5. p. 101. ed. Bip.: « et omnes qui bonam copiam jurarent ne essent nexi dissoluti; imperocchè il *bonam copiam jurare* apparteneva anche ai requisiti della posteriore *cessio bonorum* secondo la *lex Julia*; V. § 226. Nota 9.

(17) Senza dubbio la compiuta teorica non è che il prodotto di più Editti successivi; ma noi dobbiamo rinunciare a separarli, eccetto un solo, come l'*actio Pauliana*. Anche un Pretore per nome Servio pare d'avervi fatto qualche aggiunta Caj. IV. 35.

(18) Lex de Gall. Cisalp. c. 22. L. 4. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 26. § 1. D. *ad munic.* (50. 1.)

(19) L. 12. § 1. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 2. pr. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

2.° Alla concessione dell' immessione dee precedere una *causae cognitio* sopra le ragioni che se ne allegano (20); di più il debitore in ogni tempo, anche dopo già seguita la vendita della massa, può impugnare la legittimità della immissione mediante un' azione pregiudiziale (21).

3.° Le ragioni per le quali si può concedere l' immessione sono: 1) durante la vita del debitore A. allorchè questi non si può trovare, o per circostanze personali non può esser convenuto, nè ha alcun rappresentante, *quum absens non defenditur*, sia che egli a bella posta si tenga nascoso, sia che si trovi assente per caso (22); B. allorchè dopo aver riportato una condanna o confessato il debito non ha pagato nel *tempus judicati* (23), ed è indifferente se nel tempo stesso siasi eseguita o no la *manus injectio*, la quale può tuttora sempre aggiungersi per cagione dell' arresto personale per debiti (24), e C. allorchè egli nel caso dell' adizione di un' eredità non presta in favore de' creditori ereditarii la cauzione che gli può essere imposta, per prevenire la dilapidazione dell'eredità (25); 2) dopo la morte del debitore poi: A. allorchè niuno non vuole l' eredità a cagione de' debiti (26), o almeno la successione rimane lungamente incerta (27).

4.° Tostochè un creditore per una di siffatte ragioni ha ottenuta l' immissione, questa si ritiene come conceduta a tutti, eccetto forse nella immissione per cagione di assenza del debitore; e quindi tutti

(20) Cic. pro Quintio c. 16.; L. 18. D. *si servit.* (8. 5.) L. 8. D. *quib. ex causis in poss. eat.* (42.4.)

(21) L. 7. § 3. D. *eod.* L. 30. L. 33. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.). L' orazione di Cicerone per Quinzio è un *praejudicium* di tal fatta.

(22) *Lex de Gall. Cisalp.* l. c.; Caj. III. 78. L. 2. pr. L. 5. L. 7. § 1. 2. 13. D. *quib. ex caus. in poss. eatur* (42. 4.) L. 5. L. 33. pr. L. 35. L. 36. L. 39. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 9. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) L. 5. C. *de revoc. his quae in fraud. cred.* (7. 75.)

(23) *Lex de Gall. Cisalp.* l. c.; Seneca *de benef.* IV. 12.; Caj. III. 78.; L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.)

(24) V. § 129. Nota 21. e *lex de Gall. Cisalp.* l. c.

(25) L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(26) Cic. pro Quintio c. 19.; Caj. III. 78. 79.; § 2. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) L. 8. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 4. L. 6. L. 7. L. 28. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 5. L. 6. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). Per eccezione questa *missio in bona defuncti* poteva anche riferirsi semplicemente ad una quota ereditaria L. 55. L. 61. D. *de adquir. hered.* (29. 2.)

(27) L. 23. § 2-4. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 8. L. 9. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 1. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

coloro che si presentano e dimostrano i loro crediti vi prendono parte, senza che si tenga ragione di chi si è presentato prima o dopo (28), e ciò anche nel caso che i crediti sieno condizionali (29).

5.° I Creditori per verità non ottengono con la immissione la proprietà de' beni (30), ma sibbene il dritto della detenzione corporale, e dell' amministrazione sotto la risponsabilità di tutt' i danni imputabili a loro colpa (31); di più il così detto pegno pretorio, sebbene questo dritto forse non era da prima conceduto, ma fu solo introdotto per una posteriore interpetrazione dell' editto (32), ed a protezione del loro possesso è dato a medesimi l' interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (33). Oltre a ciò i creditori, secondo l'editto di un Pretore Paolo possono far rescindere con l' azione Pauliana le alienazioni fatte in frode de'loro diritti (34), e dal tempo della immissione in poi il debitore, il quale allora vien chiamato *fraudator* perde del tutto la disposizione del suo patrimonio (35), ma nondimeno fino alla vendita non può esser cacciato via dalla sua casa (36).

6.° Per rapporto al termine da dover decorrere è da distinguere. 1) Se il debitore è impubere, o senza dolo si trova assente per affari dello Stato, o è caduto in mano al nemico, o se la immissione ha avuto luogo solo per l' incertezza della successione, si deve aspettare finchè il debitore diviene pubere, o ritorna, o fino a che si prenda un partito sulla successione, e quindi si destina un curatore de' beni, *curator bonorum* per l' amministrazione del patrimonio (37). 2) In altro caso dopo un determinato spazio di tempo si può procedere alla vendita,

(28) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 6. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 6. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) Confr. nondimeno L. 10. pr. C. *eod.* ed appresso Nota 61.

(29) L. 4. pr. D. *de cur. bon.* (42. 7.) L. 4. pr. D. *de separat.* (42. 6.) L. 6. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.). Non si oppone la L. 14. § 1. 2. D. *eod.*

(30) L. 6. L. 8. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.)

(31) Cic. pro Quintio c. 27.; L. 3. § 23. L. 10. § 1. D. *de adquir. poss.* (41. 2.) L. 8-11. L. 14. § 1. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 3. § 8. D. *uti possid.* (43. 17.)

(32) L. 26. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 35. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. L. 2. C. *de praet. pign.* (8. 22.) V. § 198. n. II.

(33) L. 1. D. *ne vis fiat.* (43. 4.) L. 14. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(34) V. § 86. n. II. 3. Confr. Cic. ad Attic. I. 1.

(35) L. 6. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 17. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(36) Cic. pro Quintio c. 27.

(37) L. 23. § 2-4. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 6. § 2. L. 8. L. 9. D. *ex quib. caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 22. § 1. L. 35. L. 39. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

ed allora non v' è mestieri di nominare un curatore, se non quando è necessario di agire incontanente per far valere i crediti della massa a fine di evitare che non vadano perduti (38). Ma ad un solo creditore si dà l' incarico di osservare le carte del debitore, affinchè pel frammischiarsi di molti queste carte non si disperdano o non sieno alterate (39). 3) Cessa poi ogni immissione allorchè si dà a' creditori una sufficiente sicurtà (40).

7.° Se si dee procedere alla vendita, i creditori già immessi debbono fare una *proscriptio bonorum* cioè far noto mediante pubblici affissi ne' luoghi più frequentati, che il patrimonio del debitore si debba vendere, il che si fa per avvertire tutti coloro che vi hanno preso parte, e per invitare gli altri creditori a presentarsi (41). Dopo il decorso di 30 giorni, o di 15 se l' immissione riguarda una successione, il magistrato che ha data l' immissione deve convocare i creditori, affinchè scelgano uno di loro a *magister bonorum* per incaricarsi della vendita (42). La vendita, nella quale i creditori ed i parenti del debitore hanno il dritto di esser preferiti agli altri compratori (43), dee farsi al pubblico incanto e mediante la così detta *sectio bonorum*, giacchè il patrimonio vien venduto come un tutto al maggiore offerente (44.) Ma per lasciare un certo tempo al debitore o a' suoi eredi, il magistrato che ha data l' immissione, non attribuisce definitivamente il Patrimonio al compratore se non dopo 30 giorni, e dopo 20 trattandosi di successioni (45).

(38) L. 14. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(39) L. 15. D. *eod.*

(40) L. 33. § 1. D. *eod.*

(41) Cic. pro Quintio c. 6. 15. 19. 20.: Seneca *de Benef.* IV. 12.; Caj. III. 79. Quando Vellejo Paterc. II. 28. dice di Silla che egli abbia inventate le proscrizioni, ciò si può ammettere solo nel senso che egli fu il primo ad applicare ai beni confiscati le pubbliche notificazioni della vendita. Imperocchè la *proscriptio bonorum* nel concorso era più antica, il che è parimenti a dirsi della confisca medesima.

(42) Caj. III. 79.; Theoph. III. 12. pr.; Cic. pro Quintio c. 8. 15. ad Atticum I. 1.; L. 22. § 10. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.)

(43) L. 16. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(44) Caj. III. 77 79.; pr. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. l. c. Confr. Cic. pro Rosc. Amer. c. 8. 43.; in Catilin. II. 8.; Varro *de re rust.* II. 10.: secondo Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 19. 13. la *sectio* per la vendita ed il *sector* pel compratore erano semplicemente dei nomi ingiuriosi occasionati da ciò che vi erano delle persone che facean professione di correre agl' incanti dei beni proscritti, *sectari bona proscriptorum*. Ciò è contrario alla ipotesi, che di già nelle dodici Tavole si fosse parlato di *sectio bonorum*, e che da ciò si dovesse dichiarare il celebre *in partes secanto* presso Gellio XX. 1.

(45) Caj. III. 89.

8.° Per effetto di questa *addictio* il debitore vien liberato interamente e per sempre da' suoi debiti attuali (46), ma incorre per questo nella infamia anche se la insolvibilità non gli si possa imputare a colpa (47), ed è spogliato assolutamente di tutto (48). Imperocchè il compratore *emptor* s. *sector bonorum* mediante una successione universale subentra in tutti i suoi dritti di patrimonio (49), ed ottiene un proprio interdetto *adipiscendae possessionis* l' *interdictum possessorium* per procurarsi il possesso delle cose (50). Nondimeno egli provvisoriamente ottiene solo la proprietà bonitaria, imperocchè questo modo di acquisto trae l' origine dall' editto del pretore (51); nella riscossione de' crediti gli si possono opporre delle pretensioni riconvenzionali di ogni specie, per farne la deduzione (52), ed egli non può neppure venir direttamente come possessore di questi crediti (53), ma deve nella sua azione o desumere l' *intentio* dalla persona del debitore, e formolare solo la *condemnatio* a suo favore, o fingersi come erede del debitore, delle quali due forme la prima addomandasi *actio Rutiliana*, la seconda *actio Serviana* (54). Ma sotto gl'imperadori fu cambiato non poco il procedimento che qui abbiamo esposto.

1.° Sull' autorità di Labeone fu ammesso che in quanto ai dementi, ai prodighi, e ad altre persone che stanno sotto curatela, l'immessione de' creditori non debba aver altro effetto se non che il curatore del de-

(46) L. 25. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.). Il concorso forzoso differisce essenzialmente in questo punto dalla *cessio bonorum*, al che d' ordinario non si suole por mente.

(47) Caj. II. 154.; § 1. J. *qui et a quib. man.* (1. 6.) L. 11. C. *quib. ex caus. infam. irrog.* (2. 12.) Confr. Tab. Heracl. sect. VIII. Cic pro Quintio c. 9. 13. 14. 19. 22. 31.; L. 3. C. Th. *de inoff. test.* (2. 19.). Se io § 129. Nota 17. ho manifestata la congettura che l' attribuzione del patrimonio al creditore nella *manus injectio ed addictio* avesse già per effetto l' infamia, per spiegare con ciò la pretesa infamia degli *addicti*, la quale il *Niebuhr* ed il *Savigny* hanno dedotta da Liv. VI. 34. e Dion. Hal. VI. 59., ora la ritratto come non necessaria, imperocchè i luoghi citati non parlano d' infamia, ma sibbene dell' ignominia che l' *addictio* conteneva, come in ispezialtà si fa manifeato dal confronto della Nov. 135. c. 1.

(48) L. 4. D. *de cur. bon.* (42. 7.) L. 40. D. *de op. libert.* (38.1.). Soltanto, quando il debitore vive in concubinato con una schiava, costei gli vien rilasciata insieme con i figliuoli L. 38. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.)

(49) Varro *de re rust.* II. 10. Caj. II, 98. III. 77. pr. J. D. *de success. subl.* (3. 12.)

(50) Caj. IV. 145.

(51) Caj. III. 80.; Theoph l. c.

52) Caj. IV. 65.

(53) Caj. III. 81.

(54) Caj. IV. 35.

bitore debba vendere i beni di lui per soddisfare i creditori, ma non sia tenuto di vendere più di quanto sia necessario, col qual mezzo si evitò che il debitore divenisse infame, e che gli si togliesse tutto senza necessità (55).

2.° Mediante un senatoconsulto di data incerta per un somigliante riguardo di equità ciò fu esteso anche a questo, che 1) nella immissione ne' beni di un senatore o di altre ragguardevoli persone si debba destinare un *curator bonorum* per vendere nella stessa guisa i beni (56), e che 2) stia sempre in facoltà de' creditori di far nominare a tal fine un curatore allorchè spontaneamente vogliono usar questo riguardo pel debitore (57). Nondimeno anche il curatore poteva vendere il patrimonio per intero, ed allora il debitore diveniva come al solito assolutamente privo di patrimonio, e soltanto evitava l' infamia (58).

3.° Come Antonino Pio ebbe introdotto la *pignoris capio in causa judicati* (59), la *missio rei servandae causa* come mezzo di esecuzione contro i debitori condannati o confessi, dovè certamente perdere in parte la sua importanza. Non pertanto essa anche in questa applicazione è sempre ammissibile allorchè secondo le circostanze pare più opportuna che il pignoramento (60).

4.° Da ultimo Giustiniano apportò anche delle nuove disposizioni sulla immissione per *causa di assenza del debitore*. 1) Anche la immissione conceduta per questa cagione dee tornare a vantaggio di tutt' i creditori, il che anticamente era per lo meno controverso (61). 2) Per l' alienazione de' beni deve in questo caso aspettarsi quattro anni dalla immissione (62), ed i creditori che dimorano fuori della provincia, nella

(55) L. 7. § 10-12. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(56) L. 5. D. *de cur. fur.* (27. 10.). Nella L. 22. § 10. D. *mandati* (17. 1.) si fa soltanto menzione dell' antico *magister bonorum*, altrimenti il Senatoconsulto dovrebbe già riferirsi al tempo della Repubblica.

(57) L. 9. D. *de cur. fur.* (27. 10.)

(58) L. 4. D. *de cur. bon.* (42. 7.) Confr. L. 7. § 11. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.)

(59) V. § 198.

(60) L. 3. C. *qui potior.* (8. 18.) Confr. L. 63. D. *de judic.* (5. 1.) L. 31. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 6. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 5. C. *de his quae in fraud. cred.* (7. 75.)

(61) L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). È incomprensibile come questa costituzione ordinariamente venga intesa di ogni *missio rei servandae causa*, la qual cosa ha cagionato molto errore e confusione.

(62) L. 10. § 2. init. C. *eod.*

quale l'immissione si è conceduta, possono presentarsi in tutto questo spazio di tempo, ma quei che dimorano nella stessa provincia, solo fra due anni (63). 3) Chi non si è presentato a tempo debito non solo non può aver pretensione alla immissione, ma non può neppure agire contro il debitore (64). 4) Se la vendita dà una somma eccedente, ciò che rimane non si dee restituire al debitore, ma depositare giudiziariamente pei creditori che posteriormente si presentino (65). 5) Colui che ha soprainteso alla vendita deve giurare che egli si è comportato onestamente (66). 6) Se il debitore che prima era assente, prima della vendita si presenta e vuol muover giudizio contro i creditori immessi nel possesso, deve in prima risarcir loro le spese e i danni, e prestar mediante fidejussori la *cautio judicatum solvi* (67). S'intende di per se che coloro i quali possono dimostrare la loro proprietà sulle cose che compongono la massa, possono sempre rivendicar le loro cose, senza esser tenuti di osservare il termine stabilito pe' creditori (68).

B. *Cessio bonorum.*

§ 226. Somiglianti principi si applicano allorchè un debitore spontaneamente, mediante la *cessio bonorum* abbandona il suo patrimonio a' suoi creditori, il che si fa con una dichiarazione non soggetta ad alcuna forma particolare (1). Prima della *lex Julia de cessione bonorum* di Giulio Cesare (2) probabilmente per questa cessione passava la proprietà ne' creditori; ma la *lex Julia*, la quale per altro fu emanata solo per l'Italia, e dalle imperiali costituzioni fu la prima volta estesa alle

(63) L. 10. § 1. *C. eod.*

(64) L. 10. § 1. in fine C. *eod.* « Post completum autem memoratum tempus *nullam eis esse licentiam*, eos qui possessionem adepti sunt, molestare, vel aliquibus damnis afficere; *actiones autem, quas ex legibus sibi competere putaverint, contra suos exercere debitores.* « Se Giustiniano voleva qui ammettere le azioni contro il debitore, come ordinariamente si pensa, non avrebbe dovuto leggersi *exercere*, ma *exerceant*. Oltre a ciò l'analogia della L. 25. § 7. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) è contro l'opinione universale.

(65) L. 10. § 2. 3. C. *eod.*

(66) L. 10. § 3. C. *eod.*

(67) Nov. 53. c. 4.

(68) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. C. *de privil. fisci* (7. 73.)

(1) L. 9. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 6. C. *qui bon. ced. poss* (7. 71.) L. 2. C. Th. *eod.* (4. 20.)

(2) La mia St. § 57. n. II.

province, dispose che i creditori dovessero, come nella immissione, vendere il patrimonio, ma per contrario conseguissero questo dritto di vendere immediatamente per effetto della cessione stessa, come se fossero stati giudizialmente immessi in possesso (3), però con le seguenti modificazioni:

1.° Se i creditori con la vendita de' beni non sieno stati interamente soddisfatti, il debitore qui non è liberato in tutto, ma rimane obbligato ancora pel residuo (4).

2.° Per ricompensa che il debitore ha risparmiato a' creditori le spese e la noja della immissione, egli 1) dee godere per l' avvenire del beneficio legale della competenza, e quindi non può esser convenuto nè dai creditori non soddisfatti, nè da' creditori posteriori, prima che egli abbia acquistato più che il bisogno del suo sostentamento non richiede (5); 2) per cagione de' debiti esistenti al tempo della cessione non può più essere arrestato o tenuto in prigione (6), e 3) non dee divenire infame per la vendita de' beni, come accade nella *missio rei servandae causa* (7). Ma per considerazione di questi favori, secondo la *lex Julia* la cessione non era permessa senza condizione alcuna, giacchè 1) il debitore dal suo canto dovea in prima riconoscere i crediti di coloro, ai quali voleva abbandonare il suo patrimonio (8), e 2) quindi *jurare bonam copiam*, cioè giurare che l' insolvibilità non era proceduta da sua colpa, e che egli farebbe una leale consegna del suo patrimonio (9), al che Graziano aggiunse anche 3) che rispetto al Fisco il debitore debba provare in un modo regolare che l' insolvibilità non gli si possa recare a colpa (10). Ma Teodosio I. concedè a' debitori la cessione senza condizione o limitazione veruna (11), e lo

(3) L. 4. C. *eod.* Caj. III. 78. L. 17. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(4) L. 1 C. *eod.* L. 7. D. *eod.*

(5) L. 4 L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 3. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.) § 40. J. *de act.* (4. 6.)

(6) L. 1. L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* (7. 71.) Confr. L. 1. Th. *eod.* (4. 20.) Nov. 135. c. 1.

(7) L. 11. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.). Intanto la *lex Julia municipalis* (Tab. Heracl.) sect. VIII. escluse anche colui che avea fatta cessione dei beni dagli uffizii municipali.

(8) L. 8. D. *de cess. bon.* (42. 3.)

(9) *Lex Jul. municipalis* l.c. La *lex Julia de cess. bon.* qui per certo non è espressamente indicata come la fonte, ma ciò è senza dubbio presupposto, imperciocchè essa era l' antica legge. Confr. § 225. Nota 16.

(10) L. 1. C. Th. *qui bon. ex leg. Jul. ced. poss.* (4. 20.)

(11) L. 2. C. Th. *eod.* L. 6. C. *eod.* (7. 71.)

stesso dispose Giustiniano pei *filii familias* per rispetto al loro peculio castrense e quasi castrense (12).

3.° Finchè non è seguita la vendita, il debitore può sempre rivocare la cessione, ed allora può anche impugnare i crediti già riconosciuti (13). Del rimanente anche qui tutti i creditori che si presentano fino a che la vendita non si è effettuata, partecipano con egual dritto della cessione (14).

C. *Distribuzione del prezzo.*

§ 227. Dal prezzo ricavato dalla vendita si debbono in prima dedur le spese (1); dipoi, se vi sono creditori pegnoralizi, questi debbono esser soddisfatti in preferenza (2), con la sola eccezione che i crediti di spese funebri pel debitore, per la moglie, o pei figliuoli vanno innanzi anche al dritto di pegno del locatore di una casa sulle cose che vi sono introdotte (3). Ma bisogna che i creditori pegnoratizi non altramente che ogni altro creditore si sieno presentati (4). I rimanenti creditori, *creditores chirographarii* si dividono in tre classi.

1.° In primo luogo vengono i creditori a'quali spetta un *privilegium exigendi*. Or questi privilegi sono di due ragioni, alcuni son *privilegia causae*, i quali sono inerenti allo stesso credito, qualunque possa esser il creditore, altri *privilegia personae*, i quali appartengono solamente a certe determinate persone (5), senonchè chi ha comperato da un creditore privilegiato il suo credito, o ha prestato danaro al debitore per pagare con esso un siffatto creditore, gode anch'egli del privilegio di costui (6). Ai crediti privilegiati della prima maniera appartengono: A. le spese funebri per la sepoltura del debitore e de'suoi parenti, il che pare che fosse introdotto nello stesso editto del Pre-

(12) L. 7. C. *eod.*

(13) L. 3. L. 5. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(14) L. 5. D. *de cur. bon.* (42. 7.)

(1) L. 8. D. *depositi* (16. 3.) L. 72. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(2) L. 3. § 1. D. *de reb. eor. qui sub. tut.* (27. 9.) L. 2. L. 9. C. *qui potior.* (8. 18.) L. 6. L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.). Come nei pegni speciali si giungesse a determinare il valore del pegno, quando il patrimonio era venduto in massa, non è indicato. Più naturale sembra che avesse luogo una stima per determinare quanto dal prezzo di compra si dovesse imputare sul pegno.

(3) L. 14. § 1. D. *de religiosis* (11. 7.)

(4) L. 6 C. *de remiss. pign.* (8. 26.)

(5) L. 68. L. 196. D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) L. 2. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 24. § 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

tore (7); B. i prestiti fatti per la riparazione di un edifizio, secondo un editto di Marc-Aurelio (8); C. il danaro mutuato per fornire e mettere in punto una nave (9); e D. il credito pel rimborso di danaro depositato senza interessi presso un *argentarius* (10). Sono poi creditori personalmente privilegiati: A. il Fisco per tutt' i crediti (11) eccetto le multe (12); B. i Comuni parimenti per tutt' i crediti (13); C. la moglie anche semplicemente putativa, e la fidanzata, per la restituzione di una dote consegnata (14); D. e tutte le persone sottoposte a tutela o cura, in quanto a' crediti che vantano contro i loro tutori, protutori, o curatori per cagione della tenuta amministrazione (15). Per regola i crediti privilegiati sono tra loro eguali (16); ma nondimeno le spese funebri son preferite a tutti gli altri crediti (17), e dopo queste il Fisco del pari è preferito a tutt'i rimanenti (18). Il credito pel rimborso del danaro depositato senza interessi propriamente non avrebbe dovuto soddisfarsi che dopo gli altri crediti privilegiati (19), ma nondimeno la pratica Romana preferiva anche questo credito agli altri (20).

2.° Dopo i crediti privilegiati concorrono tutti gli altri *pro rata* sen-

(7) L. 12. § 2. 3. 4. L. 14. § 1-5. L. 26. L. 37. L. 45. D. *de relig.* (11. 7.) L. 17. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 22. § 9. C. *de jure delib.* (6. 3) Paul. S. R. I. 21. § 15.

(8) L. 24. § 1. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. D. *de cess. bon.* (42. 3.) L. 25. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2)

(9) L. 26. L. 34. D *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(10) L. 7. § 2. 3. L. 8. D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(11) L. 34. D. *eod.* L. 6. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 10. D. *de pact.* (2. 14.)

(12) V. Nota 22. e 23.

(13) L. 38. pr. D. *de reb. auct. jud.* (42. 5.)

(14) L. 17. § 1. L. 18. L. 19. pr. D. *eod.* L. 74. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 22. § 13. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. un. C. *de privil. dot.* (7. 74.)

(15) L. 19. § 1. L. 20-24. pr. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 44. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.). I crediti contro i magistrati preposti alle tutele non sono privilegiati L. 1. § 14. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(16) L. 32. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(17) V. i passi citati nella Nota 7.

(18) L. 34. D. *eod.*

(19) L. 24. § 2. D. *eod.*

(20) L. 7. § 2. 3. L. 8. D. *depos.* (16. 3.). Sopra gli altri tentativi di toglier la contradizione tra questi passi e la L. 24. § 2. D. cit. veggasi *Neustetel* e *Zimmern* Ricerche sulle teoriche del dritto Romano *Heidelb.* 1821. n. 2. *C. G. Overbeck* de collocat. depositi *Heidelb.* 1808.; *Gluk* Dichiarazione sistematica delle Pand. vol. XV. pr. 224. seg.; *Emmerich* nel giornale pel dritto e la procedura civile vol. V. n. 5. *Cujacii* observ. X. 14.; *Kraut* de argentariis p. 115. seg. *B. H. Frister* de privil. cred. personali Goett. 1804. § 11. 18.

za riguardo all'antichità ed origine de' medesimi (21), ma sono eccettuati:

3.° Quei crediti che per legge sono specialmente posposti, e quindi debbono venir pagati dopo gli altri, come sono i crediti del Fisco per ragione di multa (22), su di che veramente i giureconsulti Romani non erano di accordo(23). Tra questi crediti posposti possono in certa guisa annoverarsi anche i legati; giacchè essi interamente si estinguono, allorchè una eredità non accettata viene attribuita a'creditori(24), e quando anche l' eredità fosse accettata, pure regolarmente non han valore se non per ciò che l' onerato raccoglie dalla eredità, fatta prima la deduzione de' debiti (25), e per conseguenza son posposti ai crediti che altri hanno contro il testatore (26), ancorachè questi abbiano origine da un legato (27). Può anche risultare un particolare rapporto tra'creditori dalla circostanza,che nel caso che si apre un concorso contro un erede, ai creditori ereditarii ed a'legatarii che nè per novazione nè in altro modo hannospontaneamente riconosciuto l'erede come loro debitore (28), l'editto del Pretore dà il drittodi domandare la separazióne della eredità dal patrimonio particolare dell'crede(29, in quanto questa separazione sia possibile a farsi, e non sieno ancora decorsi cinque anni dalla morte del testatore (30). Sulla massa ereditaria così separata si debbono soddisfare primamente, secondo le ordinarie regole, i creditori ereditarii che prendono parte alla separazione,

(21) L. 6. C. *de bon. auct. jud.* (7. 72.) L. 5. D. *de cur. bon.* (42. 7.) L. 6. § 7. L. 24. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(22) L. un. C. *poen. fiscal. cred. praefer.* (10. 7.)

(23) L. 17. L. 37. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(24) L. 17. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.). A questo caso naturalmente si assomiglia il caso che l' erede si faccia restituire contro l' accettazione dell' eredità L. 1. § 6. D. *de separat.* (42. 6.)

(25) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 80. L. 114. § 3. L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 17. L. 17. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con § 3. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 69. L. 73. § 5. D. *cod.* (35. 2.) L. 6. pr. L. 16. C. *eod.* (6. 50.) Paul. S. R. IV. 5. § 6.

(26) L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *de separat.* (42. 6.) L. 22. § 5. 6. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(27) L. 1. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.). Questo passo non è da intendersi della *missio in bona defuncti*, ma del caso in cui si è aperto il concorso presso l' erede dell' erede, giacchè altrimenti i legati dell' erede morto non avrebbero vigore.

(28) L. 1. § 10. 11. 15. 16. L. 7. D. *de separat.* (42. 6.)

(29) L. 1. pr. § 1. 3. 4. 7. 8. 9. 18. L. 3. pr. L. 4. pr. D. *eod.* L. 2. C. *de bon. auct. jud. poss.* (7. 72.)

(30) L. 1. § 12. 13. 14, L. 2. D. *de separat.* (42. 6)

e dipoi i legatari (31); ma d'altra parte essi perdono il dritto sulla massa dell'erede fino a che i creditori di costui non sieno stati pienamente soddisfatti (32). I creditori particolari dell'erede non hanno alcun dritto a domandare la separazione (33), ma nondimeno appartiene ad essi ciò che forse sopravvanza dall'eredità (34). I creditori ereditari che non han preso parte nella separazione, vengono annoverati tra i creditori particolari dell'erede (35), ed in generale se non si è impetrata la separazione, allora i creditori ereditari e quei dell'erede stanno fra loro in una condizione eguale, ed in questo caso i legati imposti all'erede non possono altramente trattarsi che come gli altri debiti ereditari, nondimeno tutt'insieme i legati non possono aver effetto se non fino all'ammontare del valore, pel quale l'eredità sopravvanza i debiti ereditarii, e quindi in caso di necessità son soggetti a riduzione (36).

CAPITOLO SECONDO

COME SI GENERANO LE OBBLIGAZIONI.

I. PROSPETTO GENERALE DELLE CAUSE ONDE ESSE DERIVANO. (*)

§ 228. Le obbligazioni possono generarsi in più guise (1), non però-

(31) L. 1. § 16. L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *eod.*
(32) L. 1. § 17. L. 3. § 2. L. 5. D. *eod.* Non si oppone la L. 3. § 1. D. *eod.*
(33) L. 1. § 2. 3. D. *eod.* La L. 6. § 1. D. *eod.* non contiene una vera eccezione.
(34) L. 1. § 17. L. 5. D. *eod.*
(35) L. 1. § 16. D. *eod.*
(36) Per effetto dei passi citati nella Nota 25. il *Fritz* nell'Arch. per la prat. civ. vol. XII. n. 12. è di altra opinione pel caso contenuto nella nov. 2. c. 1., quando l'erede non ha fatto inventario, e perciò in pena dee pagare del suo tutt'i legati per intero. Ma ciò può applicarsi soltanto quando l'erede è in istato di pagare, altrimenti la pena colpirebbe non già l'erede colpevole, ma i suoi creditori innocenti, e con ciò sarebbesi apprestato un mezzo di eludere l'*actio Pauliana*. Suppongasi che alcuno il quale prevegga il concorso, desideri di dare il suo patrimonio ad uno amico X. Egli in tal caso non avrebbe a far altro che indurre un uomo presso a morire, il quale non avesse nulla, ad istituirlo erede, e ad imporgli un immenso legato a favore di X. Dopo che egli avrebbe accettato senza inventario l'eredità che di fatto non esiste, e si sarebbe dichiarato insolvibile, X. concorrendo come legatario toglierebbe ai creditori quasi tutto.
(*) *J. O. Westenberg* de caus. oblig. lib. sing. a. diss. IX. *Harderoo* 1704. (op. T. I. p. 57. seg.)
(1) L'enumerazione delle cause fatta da Modestino nella L. 52. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.) « Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut

dimeno tutte quante le maniere in cui esse possono avere origine si riducono a due cause (2).

1.° Una di queste cause sono i contratti ne' quali si promette un determinato *dare*, o *fare*, e che per questo si sogliono convenientemente indicare come convenzioni *obbligatorie*. Le convenzioni di questa specie differiscono da tutte le altre non solo pel loro contenuto, ma ancora per la ragione che la propria teorica Romana de' contratti si rapporta solamente ad esse (3); come cause poi di obbligazione si distinguono in ciò che esse sole possono generare obbligazione da due lati, e possono riguardare qualsivoglia prestazione, che in generale possa esser l' oggetto di un rapporto di obbligazione.

2.° La seconda causa delle obbligazioni sono le violazioni di dritto, *delicta*, *maleficia*, dalle quali nondimeno ordinariamente non risulta che un dritto al risarcimento del danno, o ad una pena privata, e quindi al pagamento di una somma di danaro, e tutto al piu all' immediato ristabilimento di quello stato di cose che si è turbato. Le obbligazioni, che per questo modo hanno origine, si suddividono in due classi, giacchè per molte di esse, principalmente dall' editto del Pretore furono date delle azioni particolari, le *actiones rei persequutoriae*, *poenales*, *et mixtae ex maleficiis* (4), le quali nelle violazioni di dritto commesse da *homines alieni juris* appartengono alle *actiones noxales* (5); ma per contrario per alcune altre la pretensione del danneggiato come un semplice dritto accessorio non si può far valere che accessoriamente mediante un'azione poggiata sopra un altro fondamento (6), il che per altro in certi rapporti è vantaggioso, e perciò in alcune circostanze può esser utile di comprendere, quando è possibile, in un' altra azione, anche que' dritti nascenti dall' altrui delitto, pei quali ci hanno delle azioni speciali (7). Ma oltre de' contratti e de' delitti trovasi eziandio un gran numero di fatti particolari di diversissima spe-

jure honorario, aut ex necessitate, aut peccato » è al tutto inservibile, imperocchè essa illogicamente confonde assieme i fatti, dai quali derivano le obbligazioni, e le fonti di dritto che ad esse servono di fondamento.

(2) Caj. III. 88. « Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto ».

(3) V. § 229. n. I.

(4) V. § 61. n. I.

(5) V. § 60. n. II.

(6) Qui si riferiscono spezialmente le pretensioni pel *dolus* e per la *culpa* nelle relazioni giuridiche.

(7) L. 12. L. 49. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 121. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 152. § 3. L. 157. § 2. D. de *R. J.* (50. 17.)

cie, ai quali è attribuito l'effetto di produrre delle obbligazioni (8): questi sono o azioni del debitore, o altri avvenimenti, che obbligano alcuno senza che egli vi abbia cooperato, *obligationes ex re venientes*, la cui differenza si appalesa principalmente in ciò che i fatti della prima specie egualmente che le convenzioni e i delitti presuppongono la capacità del debitore, mentre nelle *obligationes ex re venientes* non vi si ha affatto riguardo (9). Nonpertanto tutte queste cause o fondamenti di obbligazioni sono anche annoverati tra i contratti o i delitti (10), imperocchè nella più parte di tali casi si finge un contratto, sebbene non ne sia realmente intervenuto alcuno, e queste sono le *obligationes quasi ex contractu* (11), ma ne' rimanenti casi alcuno vien fatto risponsabile per un danno avvenuto o da prevenirsi, come se egli per un delitto lo avesse cagionato, sebbene o non vi sia stato alcun vero delitto, o colui che è risponsabile pel danno non apparisca esserne stato l'autore, e queste sono le *obligationes quasi ex maleficio* (12). E questa riduzione di tutte le cause di obbligazione ai contratti o ai delitti ha eziandio un'importanza pratica; imperocchè le obbligazioni contrattuali o delittuali, per rispetto alla trasmissione agli eredi (13), all'obbligo mediato delle terze persone (14), ed in altri rapporti ancora, sono essenzialmente diverse fra loro, nel che si dee por mente che le proprietà delle obbligazioni contrattuali si applicano sempre anche alle *obligationes quasi ex contractu*, e le proprietà delle obbligazioni delittuali si applicano anche alle *obligationes quasi ex maleficio*, la qual cosa determina per molti lati il modo come le medesime praticamente

(8) L. 1. pr. D. *de O. et. A.* (44. 7.) « obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, *aut proprio quodam modo ex variis causarum figuris* ». Le *obligationes ex variis causarum figuris* illogicamente dai moderni si contrappongono alle obbligazioni nascenti da contratti o da delitti, come *obbligazioni che immediatamente derivano dalla legge*, imperocchè le convenzioni e i delitti parimenti non generano obbligazioni, se non perchè la legge ha annesso questo effetto al *factum* della convenzione o del delitto.

(9) L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 8. pr. D. *de acq. hered.* (29. 2.) L. 3. § 3. 4. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 3. § 5. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(10) § 2. J. *de oblig.* (2. 13.) « Sequens divisio (obligationum) in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio ».

(11) T. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. pr. § 1-3. D. *de O. et A.* (44. 7.). Ma l'enumerazione dei casi in questi passi non si può riguardare come compiuta.

(12) Tit. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.) L. 5. § 4-6. D. *de O. et A.* (44. 7.). Anche qui l'indicazione dei casi non è compiuta.

(13) V. § 248.

(14) V. § 250.

si hanno a trattare (15). La prescrizione non è mai causa generatrice di obbligazioni (16).

II. DELLE CONVENZIONI OBBLIGATORIE IN PARTICOLARE (*).

1) *Specie diverse.*

§ 229. I delitti che producono obbligazioni egualmente che le cause de' finti contratti o delitti debbono essere partitamente numerati e spiegati; e le condizioni e le proprietà generali de' primi si deducono già da' principi sulla colpa e sul dolo (1). Ma intorno alle convenzioni obbligatorie si è formata una teorica molto comprensiva che richiede una più minuta spiegazione. In prima sono da espôrre le diverse specie di convenzioni, delle quali se ne incontrano parecchie :

1° *Contractus* e *pacta*. Questa è la divisione fondamentale delle convenzioni obbligatorie, ed essa dipende da ciò che anche le obbligazioni convenzionali, anzi queste principalmente non si possono tutte generalmente far valere per via di azioni, sotto il qual rapporto si vuol anche distinguere quelle, alle quali pel dritto civile antico era già data un' azione da quelle che non ne producevano alcuna. Le prime, almeno secondo l' uso del linguaggio de' giureconsulti classici, sono indi-

(15) Quando il *Weber* delle obl. natur. § 5. seg. dichiara per una assurdità la distinzione di *obligationes quasi ex contractu e quasi ex maleficio*, e quando parecchi la reputano per lo meno un vano giuoco di parole, disconoscono pienamente il senso della medesima. Essa non vuole esprimere se non che le obbligazioni non nascenti da contratti o da delitti sono ciò non ostante per rispetto al loro pratico trattamento agguagliate alle obbligazioni o convenzionali o delittuali, e per questo è pure di una effettiva importanza l'ordinare le obbligazioni secondo questa classificazione, giacchè allora si conoscono subito parecchie regole generali per ogni obbligazione che si trova compresa nella classe. La classificazione di *Weber*: 1.) atti bilaterali; 2.) unilaterali: A. leciti, B. illeciti; 3.) avvenimenti accidentali, non ha alcuna utilità, imperocchè essa non dà alcuno schiarimento sulla teoria pratica delle singole classi, e per certo una divisione che questo non faccia non si può avere in pregio.

(16) L. 28. C. *de pact.* (2. 3.). Non si oppongono le L. 6. D. *de usuris* (22. 1.) L. 1. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 20. pr. C. *de agricolis* (11. 47.)

(*) *A. Vinnius* tract. de pact. et transact. L. B. 1643. 12. ed. 4. Ultrai 1697. 4.; *K. Schmitthenner* sui contratti, spezialmente sul dritto nuovo secondo i principii Romani e Tedeschi. Giessen 1831. 8.; *F. Liebe* la stipulazione e la semplice promessa. *Braunschweig* 1840. 8. ; *H. M. Gneiss* le convenzioni formali del nuovo dritto Romano sulle obbligazioni paragonate con le forme dei negozii civili del dritto Greco. Berlino 1845. 8.

(1) V. sopra § 40. seg.

cate col nome speciale di *contractus* (2), mentre le seconde son chiamate semplicemente *pacta* o *pacta nuda* (3). I contratti del dritto civile antico sono di quattro specie: *contractus verbis*, *litteris*, *re*, *et consensu* (4), delle quali le due ultime specie verso le due prime che si posson comprendere sotto la denominazione di contratti *formali* stanno nel rapporto di eccezioni alla regola. Imperocchè secondo i principi del dritto civile antico, perchè una convenzione obbligatoria produca azione 1) si richiede per regola l' applicazione di certe determinate forme, delle quali se ne incontrano due: A. una verbale il *contractus verbis*, ond' è venuta la *verborum obligatio* (5), e B. una scritturale, il *contractus litteris*, ond' è venuta la *literarum obligatio* (6). 2) Ma da questa regola sono eccettuate otto determinate convenzioni, le quali si dividono nuovamente in due classi: A. i *contractus re* contratti reali, cioè quattro contratti, per effetto de' quali alcuno riceve qualche cosa che si obbliga di restituire, ed in questi per verità non si richiede alcuna forma particolare per la promessa, ma invece è necessario che le cose da restituirsi sieno state effettivamente date, altrimenti la promessa della restituzione come priva di fondamento o causa non obbliga, e per tal ragione si suol dire che il debito nasce per la cosa stessa, *re ipsa contrahitur obligatio* (7). I quattro contratti reali sono il *mutuum*, s. *res creditae* cioè il prestito di cose fungibili, il *commodatum* cioè il prestito di cose non fungibili, il *depositum*, allorchè alcuno riceve delle cose in custodia, ed il *pignus* s. *contractus pignoratitius*, cioè la consegna di una cosa che il creditore dee tenere in luogo di pegno (8), e le azioni che ne risultano di-

(2) Servio Sulpizio di già adoperò *contractus* in questo senso *Gell.* IV. Presso Cicerone non si trova quest' espressione, ma sibbene la circolocuzione *res contractae* s. *contrahendae*, e *negotia rerum contrahendarum*, e presso Ennio, Plauto, Terenzio, e gli antichi grammatici non s' incontra neppure qualche cosa di simigliante. Presso Nonio Marcello appellasi *contrahere* l' affaccendarsi per qualche cosa. Talvolta *contractus* impropriamente si pone per *obligatio* o *negotium* in generale L. 16. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.)

(3) L. 7. § 1. 4. 5. D. *de pact.* (2 14.) L. 8. L. 15. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 30. D. *de usur.* (22. 1.); Paul. II. 14.; pr. L. 10. C. *de pact.* (2. 3.) L. 12. C. *de usur.* (4. 32.); Vinnius l. c. cap. 5.

(4) Caj. III. 89.; § 2. J. *de obl.* (3. 13.) L. D. 1 *de O. et A.* (44. 7.)

(5) V. § 230.

(6) V. § 231.

(7) Caj. III. 132. IV. 116.; § 2. J. *de except.* (4. 13.) L. 2. § 2. L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 2. § 3. D. *de doli except.* (44. 4) L. 1. L. 2. L. 9. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(8) Pr. § 2-4. J. *quib. mod. re contr. obl.* (3.14.) L. 1. § 2-6. D. *de O. et A.* (4.7.).

consi *actio mutui*, *actio commodati*, *actio depositi*, ed *actio pignoratitia* B. I *contractus consensu*, contratti consensuali, cioè quattro contratti, ne' quali, perchè nasca un' azione, non è mestieri che sia già seguita una prestazione, ma basta l' esistenza della convenzione, il consenso dichiarato. Questi sono il contratto di compra *emptio venditio*, il contratto di locazione, *locatio conductio*, il contratto di mandato, *mandatum*, ed il contratto di società, *societas* (9), ai quali parimente corrispondono azioni dello stesso nome, l'*actio empti vendi-ti*, l' *actio locati conducti*, l' *actio mandati*, e l' *actio pro socio*. Verisimilmente queste eccezioni dipendono da ciò che i predetti otto contratti son tutti *juris gentium* (10): che questi poi sieno stati ben per tempo riconosciuti, apparisce da una legge che viene attribuita a Numa Pompilio, nella quale parlasi di azioni nascenti da contratti conchiusi senza testimoni (11), giacchè sarebbe altrettanto arbitrario il creder comprese in essa delle altre eccezioni alla più antica forma del contratto, alla quale i testimoni appartenevano, quanto l' ammettere, siccome fanno alcuni moderni autori, che originariamente il *commodatum*, *depositum*, e *pignus* non avesser potuto aver luogo altrimenti che con la trasmissione della proprietà *sub lege remancipationis*, e per conseguenza solo mediante la *fiducia* (12).

(9) Caj. III. 136-138.; § un. J. *de consensu obl.* (3. 22.) L. 2. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 35. § 2. (46. 1.) D. *de V. O.*

(10) L. 5. D. *de just. et jur.* (1. 1.) L. 7. § 1. D. *de pact.* (2. 14.); Caj. III. 132. Soltanto il *mutuum* potè anticamente richiedere anche un contratto formale per produrre azione V. § 230. Nota 18.

(11) *Dion. Hal.* II. 75.: « (Numa) videns contractus eos qui palam et testibus adhibitis fierent, praesentium ob reverentiam servari, et a perpaucis quibusdam violari; eos vero qui sine testibus fierent (quorum longe major est numerus, quam aliorum), sola contrahentium fide custodiri, huic praecipue praeter caetera omnia strenuam operam dandam hancque divinis honoribus dignandam censuit.... Fides autem res adeo veneranda et non violanda habebatur, ut sua cuique fides maximum esset jusjurandum, vel omni testimonio longe validius; et quoties de contractu sine testibus facto inter aliquos aliquid controversiae ortum fuisset, ipsa fides alterius partis disceptantium litem dirimebat, neque ulterius contentionem progredi patiebatur, et magistratus et judices maximam controversiarum partem jurejurando interposito dirimebant. » Noi qui abbiamo un antico parallelo alla disposizione di Giustiniano intorno ai legati disposti senza testimoni nella L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 43.). Del rimanente se Dionisio fa menzione de' *judices privati*, ciò non è da intendere come se egli ponesse costoro di già al tempo di Numa, imperocchè egli medesimo (IV. 25. 36.) ci fa noto che essi furono istituiti da Servio Tullio. Confr. la mia St. § 14.

(12) La *fiducia cum amico* presso Cajo II. 60., la quale in sostanza è una specie di deposito può tanto bene essere stata un ritrovato, nelle guerre civili, per eludere le proscrizioni, quanto un'antica usanza del dritto.

Sul modo in cui nel dritto antichissimo i *pacta nuda* furon trattati ci manca assolutamente ogni notizia; nondimeno il riguardo per la forma degli affari giuridici, che nell'antico dritto civile predomina, non ci lascia dubitare che essi civilmente non furono affatto obbligatorii. Ma quando fu stabilito il principio di riconoscer come *obligationes naturales* tutte le obbligazioni del *jus gentium*, ciò si dovè applicare anche rispetto ai *pacta nuda*, essendochè il *jus gentium*, non richiedeva alcuna forma per le convenzioni obbligatorie. Per conseguenza divenne principio generale che ogni *pactum*, sebbene non producesse azione alcuna, dovesse nondimeno produrre la *exceptio obligationis*, ed in generale una *obligatio naturalis* (13). Non pertanto la cosa non rimase qui. I Pretori in prima cominciarono ne' loro editti ad attribuire un' azione a certi patti particolari (14), ed il simigliante fu fatto più tardi anche con altre fonti di dritto, e segnatamente con le costituzioni imperiali (15). Queste convenzioni che pel dritto posteriore producono azione si potrebbero annoverare tra i contratti consensuali, ma nondimeno nelle fonti esse furono sempre denominate semplicemente *pacta*, e tutto al più s' incontrano come *pacta praetoria et legitima* (16). Il solo *contractus emphyteuticarius* (17) elevato a contratto speciale da Zenone forma un' eccezione sotto questo riguardo, ma pure esso non è che una modificazione speciale del contratto di locazione.

2° *Conventiones stricti juris et bonae fidei.* Questa distinzione che si applica a tutte le convenzioni che producono un' azione, deriva dalla natura dell' azione (18), dal che in generale si può scorgere di leggieri quale sia la importanza pratica di siffatta distinzione. Pertanto è da notare 1) che allorchè ad una convenzione di buona fede immediatamente *in continenti*, e non già posteriormente si aggiunge un patto accessorio, *pactum adjectum*, l'azione principale può essere intentata

(13) L. 7. pr. § 1. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 84. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(14) L. 3. § 1. D. *de recept.* (4. 8.) L. 1. pr. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 2. C. *eod.* (4. 18.) § 8. 9. J. *de act.* (4. 6.)

(15) § 2. J. *de donat.* (2. 7.) L. 35. § 5. C. *eod.* (8. 54.) L. 6. C. *de dot. promiss.* (5. 11) L. 25. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(16) L. 6. D. *de pact.* (2. 14.) § 1. J. *de obl.* (3. 13.). Intorno ai così detti contratti innominati, i quali io posso riguardare soltanto come patti produttivi di azione, veggasi appresso § 265.

(17) V. sopra § 179. Nota 15.

(18) § 28. J. *de act.* (4. 7.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 116. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 3. C. *commun. utr. jud.* (3. 38.)

anche per l'adempimento di tal patto (19), mentre ne' contratti di stretto dritto i patti accessori sforniti delle debite forme non producono mai altro che una *naturalis obligatio* (20), purchè non sia ad essi attribuita un' azione per qualche altra cagione (21), e 2) che le azioni nascenti dalle *conventiones bonae fidei*, nel caso di annullamento del contratto si estendono anche alla restituzione di ciò che si è prestato, ed al risarcimento del danno (22), anzi anche alla rescissione del contratto stesso, allorchè ve ne sia una legittima ragione (23).

3.° *Contratti unilaterali* e *bilaterali*. Pei primi si obbliga un solo contraente, sebbene in più casi possa sopraggiungere una *obligatio contraria*; pei secondi al contrario nascono due scambievoli obbligazioni, delle quali una è la condizione dell'altra (24), il che non può avvenire altramente che per questo modo. Se qui, trattandosi di cose che si sogliono misurare, numerare, o pesare, la controprestazione non sia determinata a misura, *ad pedes mensurasve* etc. ma in complesso, allora la convenzione chiamasi un *contractus per aversionem* (25).

2) *Forme de' contratti*.

A. Contractus verbis (*).

§ 230. Fra le due forme de'contratti il *contractus verbis*, il quale richiede la presenza personale de' contraenti, consiste semplicemente in ciò, che quando i medesimi si son messi di accordo, colui che de-

(19) L. 7. § 5. D. *de pact.* (2. 14.) L. 7. D. *de eo quod certo loco.* (13. 4.) L. 72. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. C. *de pact.* (2. 3.)

(20) L. 3. C. *de usur.* (4. 32.)

(21) L. 24. D. *de praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(22) L. 9. § 1. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.) L. 6. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 16. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 4. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 11. § 6. L. 13. § 7. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 2. C. *de rescind. vend.* (4. 44.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(23) L. 11. § 3. 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 9. L. 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(24) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(25) L. 35. § 5. 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1. D. *de peric.* (18. 6.) L. 36. D. *locati* (19. 2.)

(*) *C. F. Muhlenbruch* Comm. histor. jurid de vera orig. genuina vi ac indole stipulationis. *Manhem.* 1805. 8.; *G. Garszynski* de orig. stipulat. *Vratislav* 1821. 8.; *Liebe* l. c.

ve divenir creditore interroga determinatamente l'altro se egli voglia prestare la tale o tal'altra cosa, e questi incontanente e senza restrizione gliel promette (1). Non importa di qual lingua si faccia uso (2), e non vi è un costante formolario nè per l' interrogazione, nè per la risposta; ma d' ordinario presso i Romani la prima cominciava con la parola *spondesne*? la seconda si esprimeva con la semplice parola *spondeo*. L' interrogazione addimandasi *stipulatio* e l' interrogante *stipulator*, la promessa poi *promissio*, ed il promettente, *promissor*; nondimeno *stipulatio* frequentemente viene adoperato come sinonimo di *contractus verbis* per significar tutto il contratto. Mediante questa forma, che i Romani non di rado applicavano anche nelle convenzioni che di per se stesse avrebber prodotto azione (3), ogni convenzione obbligatoria, senza aver riguardo all' oggetto può elevarsi a *verborum obligatio*, cioè può rendersi produttiva di azione (4); soltanto è da notare che per le convenzioni bilaterali vi è mestieri di due stipulazioni una da ciascun lato (5). L' azione che ne risulta, *actio* s. *condictio ex stipulatu* è un' azione di stretto dritto, e per conseguenza tende esclusivamente alla prestazione promessa o al suo valore (6). Solamente, l'*actio ex stipulatu* nascente dalla stipulazione finta intorno alla restituzione della dote, come surrogato dell' antica *actio rei uxoriae*, secondo la speciale disposizione di Giustiniano, è di buona fede (7). Forse eravi l' uso che lo stipulante nel fare la stipulazione rompesse una piccola verga, *stipula* (8), ma secondo il dritto romano più recente ciò

(1) Caj. III. 92. seg.; pr. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 1. L. 5. § 1. L. 53. D. *eod.* (45. 1.) L. 1. § 7. D. *de O. et A.* (44. 7)

(2) § 1. J. *de V. O.* (3. 15.)

(3) L. 2. § 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 29. L. 82. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de novat.* (46. 2.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.)

(4) § 7. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 2. pr. L. 5. pr. D. *eod.* (45. 1.)

(5) Caj. II. 252.

(6) Pr. J. *de V. O.* (3. 15.) § 29. J. *de act.* (4. 6.) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 5. § 4. D. L. 6. D. *de in lit. jur.* (12. 3.) L. 9. § 1. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.) L. 1. L. 2. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(7) L. un. § 2. C. *de rei ux. act.* (5. 13.) V. § 112.

(8) *Isidori* orig. v. 24. È veramente degno di riflessione che la rottura di una piccola verga nel contrarre trovasi come un antico uso Germanico (*Heineccii* elem. jur. germ. II. 12. § 335. *Unterholzner* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IX. n. 26.), il quale uso Isidoro potè aver veduto presso i Visigoti nella Spagna; e che i Romani medesimi spiegano diversamente l' espressione *stipulatio*. Imperocchè Varrone de L. L. lib. IV. in fine fa derivare *stipulatio* e *stipendium da stips* danaro, e con lui sono anche d' accordo pr. J. *de V. O.* (3. 15.), e la L. 27. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

non è necessario più che l' intervento de' testimoni, o l' osservanza di altre formalità. Ma la cosa andava altrimenti nel tempo più antico, in cui era necessario far uso di testimoni(9), e adoperare le solennità della mancipazione, di tal che questa forma di contratto originariamente ricadeva anche sotto la nozione del *nexum* o *quod per aes et libram geritur* (10); se non che non era necessario che la mancipazione si facesse precisamente per cagione del contratto, giacchè anche in una mancipazione eseguita nel fine di trasferire la proprietà, o per altre ragioni, ciò che veniva stipulato per rapporto all' oggetto produceva azione (11), e su questo fondavasi l' *actio fiduciae* (12). Ma sarebbe per certo interamente contrario al vero il ritenere l' antico *contractus per aes et libram*, il quale ben per tempo cadde in disuso (13), come una forma di contratto del tutto diversa dal *contractus verbis*. Per ogni applicazione della mancipazione ci avea una determinata specie e maniera di dichiarare la volontà, *certa verba* (14), per conseguenza anche per la sua applicazione alle convenzioni obbligatorie, e nella stipulazione, o *contractus verbis* noi possiamo ravvisare soltanto i *certa verba* che si

(9) *Dion. Hal.* II. 75. V. § 229. Nota 11.

(10) Varrone de L. L. VII. 5. p. 100. ed. Bipont; Festo p. *Nexum*, *Nuncupata*; Cic. de Orat. III. 40.; Caj. III. 173-175. I passi di Varroue e di Festo sono veramente dubbiosi, ma l' applicazione della mancipazione alle convenzioni obbligatorie confermata da Cajo e Dionisio ne risulta nondimeno senza contrasto, e si ereano delle difficoltà non necessarie quando si vuol restringere la mancipazione assolutamente ad un trasferimento di proprietà, o quando nell' antico *contractus per aes et libram* s. *per nexum* si vuol ritrovare una oppignorazione della propria persona, come se per questo mezzo l' obbligato fosse divenuto almeno condizionalmente *nexus* pel suo debito, mentre nelle fonti la servitù dei *nexi* non prende origine che da una nuova mancipazione fatta invece di pagamento. V. § 129, Nota 26. In quest' ultimo errore è caduto anche *Bachofen*, il *nexum*, Basel 1843.

(11) A ciò allude il: « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* » delle dodici Tavole; Festo p. *Nuncupata* Cic. de Off. I. 57., de leg. II. 20. Forse si riferisce anche qui la L. 48. D. *de pactis* (2. 14.) nella quale in luogo di *traditionibus* originariamente deve essere stato *mancipationibus*. Da Cic. de Off. III. 16. potrebbe forse dedursi che nell' azione nascente dal contratto *per aes et libram*, *lis infitiando crescebat in duplum*.

(12) Cic. de Off. III. 15. ad famil. VII. 12. pro Rosc. com. c. 6. pro Caecina c. 2., Caj. IV. 33. 62.; collat. X 2.

(13) Presso Varrone l. c. esso apparisce come un' antichità da lunga pezza andata in dissuetudine.

(14) Ulp. XIX. 3. Caj. I. 119. II. 104. Ma non è necessariamente da ammettersi che la domanda e la risposta nel *contractus per aes et libram* fosse formolata in un modo così semplice, come più tardi fu usato nella stipulazione, nella quale si tralasciava tutto il superfluo.

adoperavano nel *contractus per aes et libram*. Sicchè la stipulazione non è altro che un residuo del *contractus per aes et libram* spogliato delle solennità della mancipazione, e da ciò si dichiara meglio quel suo nome che deriva dal danaro *stips*, col quale nel *contractus per aes et libram* bisognava comperare il dritto (15). Oramai si potrebbe anche determinare il principio che è servito di guida nella scelta delle *actiones stricti juris*. Tali sono le azioni per l'adempimento di un' obbligazione formata *per aes et libram* (16), e quindi l'*actio ex stipulatu* nascente dal contratto *per aes et libram*, e l'*actio ex testamento* pei legati, giacchè anche i testamenti secondo il dritto antico si doveano formare mediante una mancipazione (17). Ma per li tempi antichi anche nel *mutuum* la mancipazione se non era necessaria era almeno frequentemente adoperata (18), e da ciò può esser derivato che i Romani anche più tardi talvolta univano al *mutuum* una espressa stipulazione (19). Per questa ragione anche l' *actio mutui* fu annoverata tra le *actiones stricti juris*. Ciò di poi fu esteso alle *condictiones ex causa*, perchè queste del pari che l' *actio mutui* tendono alla restituzione di cose che son passate in proprietà del debitore, e quindi provengono da una cagione somigliante al *mutuum* (20). Ed in fine fu esteso eziandio alla *condictio furtiva*, ma in questo caso solo per ragioni di convenienza, come espressamente è riconosciuto (21). Non ci ha altre forme del *con-*

(15) V. Nota 8.

(16) È del tutto strano che l' *actio fiduciae* fosse un' *actio bonae fidei*. Ciò forse più tardi fu dedotto dal perchè il pretore nella formola dell' azione avea introdotto la frase « *Ut inter bonos bene agier oportet* » Cic. de Offic. III. 15.

(17) Dopo che Cajo III. 173. ha detto che l' *acceptilatio per aes et libram* si riferisce alle *obligationes per aes et libram*, aggiunge di poi nel § 175. l' osservazione che anche del credito nascente da un legato vien fatta remissione per *aes et libram*, la qual cosa allude a questo che effettivamente il legato si considerava come un' *obligatio per aes et libram*, avuto riguardo agli antichi testamenti *per aes et libram*, nei quali il legato si conteneva.

(18) Festo p. *Nexum*: « Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi danto (datio?) nexi liberanto (liberatio?) Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur. »

(19) L. 2. § 5. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 7. D. *de novat.* (46. 2.)

(20) Caj. III. 91.; § 1. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) § 6. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7).

(21) Caj. IV. 4.; § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) Siccome pel furto non si trasmette la proprietà, così propriamente avrebbe potuto parlarsi non già di un *dare oportere*, ma sibbene di un *reddere*, il che appartiene al *facere* (§ 217. Nota 4.)

tractus verbis oltre la stipulazione, a meno che non si voglia tra esse annoverare il *juramentum liberti*, il quale è al tutto speciale (22), e se si distinguono più maniere di stipulazioni (23), cio non riguarda la loro essenza, ma solamente lo scopo e l' occasione.

B. *Contractus litteris* (*).

§ 231. Anticamente ogni cittadino Romano dovea tenere una specie di libro di cassa, in cui notava l' introito e l'esito del danaro, *rationes domesticae*, o *tabulae* s. *codices accepti et expensi*; questo libro nel *census* dovea esser mostrato ai Censori(1), ed anche in giudizio potea chiedersene la presentazione (2). Con ciò stava in relazione l' antico *contractus litteris* e la *literarum obligatio* che indi ne risultava. Cioè ne' libri de' conti si notavano i nomi di quei che aveano dato o ricevuto danaro, e però i danari dati in prestanza si trovavano segnati presso il creditore sotto il nome del debitore come *expensum*, e presso il debitore sotto il nome del creditore come *acceptum*(3), e le indicazioni concordi de' libri si tenevano in questo rapporto per vere(4). Ma per questo mezzo non solo era assicurata la pruova di un prestito effettivo uscito dalla cassa, *arca*, del creditore, *arcarium nomen*, ma si dava

(22) V. § 131. Nota 18. La *dotis dictio*, che si è riguardata eziandio come un contratto verbale speciale, non era se non un *pactum* producente azione V. § 110. Nota 6. e 7. e § 266.

(23) Confr. specialmente L. 1. L. 2. D. *de stipulat. praetor.* (46. 5.)

(*) *Almendingen* nel Mag. per la giurisprudenza e legislazione vol. II. p. 169. seg.; *Unterholzner* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n.9.; *Savigny* nell' aggiunta dell' Accad. Berl. 1816. p. 289. A. *Z. Hanlo* de nom. oblig. Amstel. 1825. 8.; *Heise* e *Cropp* tratt. giurid. vol. I. n. 18.; *A. Wunderlich* de antiqua litter. obl. Goett. 1832. 8.; *A. E. Endemann* Pr. de exc. non num. pec. Marb. 1832. 8.; *Keller* negli annali di *Sell* vol. I. n. 3.; *H. Schuler* la *liter. obl.* dell' antico dritto Romano. Breslau 1842. 8.

(1) Cic. de Orat. II. 23. pro Rosc. com. c. 1-5. pro Cluent. c. 14. 30. pro Coelio c. 7. in Verr. II. 1. c. 23. 39. II. 2. c. 70.; Ascon. ad Verrin. II. 1. c. 23. *Keller* l. c. Il denaro che non trovavasi notato nei libri chiamavasi *pecunia extraordinaria* ed era sospetto. Cic. pro Rosc. com. c. 1. pro Cluent c. 14. in Verr. II. 1. c. 70. Dalle *rationes* propriamente dette si distinguevano gli *adversaria* come quelli che non erano se non notamenti provvisori Cic. pro Rosc. com. c. 2. 3. Del resto per la tenuta di questi libri si solevano avere degli schiavi particolari, *rationales*.

(2) Cic. pro Rosc. com. c. 1. pro Coelio c. 7.

(3) Cic. in Verr. II. 1. c. 36. 39. 40. de Offic. III. 14. ad Attic. IV. 18.; Seneca de benefic. III. 15.; Caj. III. 132-135.

(4) Cic. pro Rosc. com. c. 1. in Verr. II. 1. c. 40.; Gell. XIV. 2.

eziandio la possibilità, di trasformare in una *litterarum obligatio* ogni promessa di una somma di danaro (5),ed in generale ogni debito di danaro, iscrivendo nel libro di conti come prestata la somma che si dovea,e che allora chiamavasi *transcriptitium nomen*; in ciò si conteneva la finzione di un *mutuum*,e per conseguenza ne risultava anche un'*actio mutui*; del resto, ciò che fa maraviglia è che questo si potea fare senza la presenza del debitore (6).(a) Sotto gl' Imperatori questa tenuta generale di libri di conto andò in disuso, e quindi scomparve anche interamente il *contractus litteris* (7), sebbene per quei che tenevano siffatti libri continuasse l' obbligo di presentarli in giudizio (8). Nondimeno s' incontrano tuttavia alcune istituzioni affini, le quali in parte si trovano tuttora nel dritto di Giustiniano.

1.° La *mensae scriptura* (9), cioè i registri de' cambiatori di danaro e banchieri, *argentarii*, *mensarii*, *nummularii* (10), relativi alle loro operazioni pecuniarie (11). I libri di conto *rationes*, che queste persone debbon tenere (12), fanno piena pruova de' debiti quivi notati non solo contro gli *argentarii* medesimi, ma anche tra altre persone, allorchè queste han conchiuso un affare obbligatorio con la mediazione

(5) Caj. III. 131.

(6) Caj. III. 129. 130. 137. 138.; Cic. ad Att. IV. 18. pro Rosc. com. c. 5. de Offic. III. 14.; Valer. Max. VIII. 2. § 2.; Theoph. III. 21. pr.

(7) Ascon, l. c.; § un. J. *de liter. obl.* (3. 21.)

(8) L. 4-13. D. *de edendo* (2. 13.) L. 5-8. C. *eod.* (2. 1.)

(9) *Almendingen* I. c. vol. I. p. 310. seg.; *W. Th. Kraut* de argentar. Goett. 1826. 8.

(10) L'espressione *argentarius* più specialmente viene adoperata pei banchieri propriamente detti, *Mensarius* e *Nummularius* si dice più ordinariamente dei semplici cambiatori L. 9. § 2. D. *de edendo* (2. 13.) L. 47. § 1. D. *de pact.* (2. 14.); *Sueton.* in Octav. c. 4.; Festo p. *Mensarius*; *Kraut* l. c. cap. 1. 3. Del resto furono anche chiamati *mensarii* gli agenti che il Senato talvolta stabiliva per far delle anticipazioni ai cittadini dai denari del Tesoro per ravvivare il credito, ed anche per altri affari, Liv. VII. 21. XXIII. 21. XXIV. 18. XXVI. 36.; Cic. pro Flacco c. 19.

(11) L. 6. § 3. 6. L. 9. § 2. D. *de edendo* (2. 13.) L. 47. § 1. D. *de pact.* (2. 14.); Cic. pro Caecina c. 6.; Plin. H. N. II. 7. (5.); *Kraut* l. c. cap. 7.

(12) L. 4. § 1. L. 9. § 2. L. 10. § 1. D. *de edendo* (2. 13.)

(a) Senza dubbio l' iscrizione del *nomen* dovea esser preceduta dall' ordine o dal consenso dell' obbligato; ma il contratto *literis* a differenza del contratto *verbis* poteva farsi tra assenti e quindi il creditore anche senza l'assistenza dell'altra parte, e senza testimoni poteva iscrivere il credito. E d' ordinario forse così avveniva; giacchè il creditore prima notava il suo credito sul suo quaderno mensuale (*adversaria*) il che non formava per anco l' obbligazione, e dipoi quando ne avea l' agio, lo trascriveva sul *codex*. Nota del Trad.

di un *argentarius* e l' han fatto notare nel suo registro (13); il perchè quegli che per la pruova di un' obbligazione ha bisogno de' libri dell' *argentarius*, dopo prestato il giuramento della calunnia (14), può chiedere l' esibizione de' medesimi (15), e se questa non si eseguisce, può nel termine di un anno agire pel risarcimento de' danni interessi (16.

2.° La *querela* ed *exceptio non numeratae pecuniae et dotis* (17). Sebbene ne' contratti reali non si generi l'obbligazione che per l'effettiva consegna della cosa (18), pure allorchè si è distesa una scrittura di obbligo, *chirographum*, secondo la regola che i titoli sempre fan pruova contro i loro autori (19), la consegna si dee ritener come avvenuta, finchè colui che ha formato la scrittura non provi il contrario, sia che il medesimo si difenda contro la pretensione con l' *exceptio doli*, sia che domandi la restituzione della scrittura con la *condictio sine causa* s. *indebiti* (20). Solamente, si richiede ancora che la scrittura contenga espressamente la causa del debito, la *causa debendi*, altrimenti essa è del tutto invalida (21). Intanto diversi principi sono ammessi 1) nel *mutuum*, nel quale la scrittura immediatamente non prova nulla. Quando si intenta l' azione sul fondamento della scrittura non solamente viene ammessa l' *exceptio doli*, la quale qui ha il nome speciale di *exceptio non numeratae pecuniae*, per sostenere che il preteso danaro o affatto non sia stato prestato, o solo in parte, il che porta la conseguenza che l'attore debba provar per altra via il fondamento del debito (22), ma può eziandio sulla medesima ragione e col medesimo effetto intentarsi la *condictio sine causa* per la restituzione della scrittura, la qual *condictio* in questo caso prende il nome di *querela non numeratae pecuniae* (23).

(13) Cic. pro Caecina c. 6.; Gell. XIV. 2.; L. 6. § 3. L. 9. § 2. L. 10. pr. § 3. D. *eod*. L. 9. pr. D. *de pact*. (2. 14.) L. 27. § 1. D. *de furt*. (47. 2.)

(14) L. 6. § 2. L. 9. § 3. D. *de edendo* (2. 13.)

(15) L. 4-13. D. *eod*.; *Kraut* l. c. cap. 8.

(16) L. 6. § 4. L. 8. L. 10. § 3. L. 13. D. *eod*.

(17) *Fr. Majer* de vera exc. non num. pec. indole Wirceb. 1817.; *Hausen* nell'Arch per la prat. civ. vol. IV. n. 9.; *Unterholzner* quivi vol. VII. n. 1.; *Endemann* pr. cit.

(18) V. § 229. Nota 7.

(19) V. § 75. Nota 20.

(20) L. 26. § 2. D. *depos*. (16. 3.) L. 31. D. *de cond. ind*. (12. 6.) L. 3. C. *eod*. (4. 5.) Confr. L. 2. § 2. 3. D. *de donat*. (39. 5.) L. 7. D. *de doli exc*. (44. 4.)

(21) L. 25. § 4. D. *de probat*. (22. 3.)

(22) L. 2. L. 3. L. 9. L. 10. C. *de non num. pec*. (4. 30.) L. 29. pr. D. *mandati* (17. 1.)

(23) L. 4. L. 7. L. 10. C. *de non num. pec*. (4. 30.)

Il medesimo vale ancora allorchè vien rivendicata una cosa data in pegno per un preteso debito, sostenendosi che si è dato senza ragione (24). Pare che questo singolare principio di dritto, del quale la prima volta trovasi fatta menzione nelle Costituzioni di Settimio Severo e Caracalla (25), abbia avuto origine da una falsa applicazione della regola che chi nega non è tenuto a provare (26). È indifferente se la scrittura parli di danaro o di altre cose fungibili (27), se sia giurata o no (28), ed anche se stabilisca il prestito come una trasformazione di qualche altro debito (29). Questo dritto conceduto all'autore della scrittura, oltre a' suoi eredi o fidejussori (30) compete eziandio a' suoi creditori in caso di concorso (31). Ma se vien fornita la pruova del prestito, allora in pena della ingiusta negazione dovrà pagarsi il doppio, secondo che fu ordinato da Giustiniano, eccetto il caso che la pruova sia fatta mediante un giuramento deferito (32), e riconosciuta una volta la verità della scrittura cessa tanto l' *exceptio*, quanto la *querela non numeratae pecuniae* (33). Oltre a ciò questi due mezzi di dritto sono anche limitati ad un certo spazio di tempo, che da prima era di cinque anni, ma di poi da Giustiniano fu ridotto a due (34). Nondimeno questa prescrizione, allorchè il possessore della scrittura non si possa trovare, può essere impedita mediante una protesta giudiziaria (35), e

(24) L. 1. C. *eod.*

(25) L. 1-3. C. *eod.* Fa meraviglia come un Rescritto di Caracalla possa ancora imporre il carico della pruova all'autore della scrittura L. 1. C. *de condict. ob. turp. caus.* (4. 7.). Ma pare che siasi contemplato il caso in cui la scrittura sia impugnata non tanto per non essersi ricevuto il denaro, quanto perchè tutto il debito provenuto da qualche ignominiosa cagione sia stato simulato, e forse soltanto dopo che l'*exceptio non numeratae pecuniae* erasi prescritta.

(26) L. 10. C. *eod.* La regola menzionata nel testo qui non è adattata, imperocchè s'impugna la validità di un affare, cioe della scrittura (§ 75. Nota 7.); e se essa qui fosse applicabile, dovrebbe con egual ragione appliearsi anche negli altri contratti reali. Da ciò che dice Cajo III. 134. si potrebbe forse dedurre che l'*exceptio non numeratae pecuniae* fosse tolta in prestito dai Greci; ma egli è incerto se Cajo avesse già conosciuto questa eccezione.

(27) L. 14. pr. § 1. C. *eod.*

(28) L. 16. C. *eod.*

(29) L. 5. C. *eod.* Non si oppone la L. 13. C. *eod.*

(30) L. 8. L. 12. L. 15. C. *eod.*

(31) L. 15. C. *eod.*

(32) Nov. 18. c. 8.

(33) L. 4. C. *eod.*

(34) L. 14. pr. C. *eod.*; Theoph. III. 21. § 1.

(35) L. 15. § 4. C. *eod.*

non ha affatto luogo contro i minori (36). Ancora è da notare che la prescrizione non impedisce che la scrittura si possa impugnare per la ragione che sia stata fatta per una causa turpe (37). Per contrario se il termine sia trascorso senza impugnare la scrittura, allora il possessore in compenso di essere stato il suo titolo lungamente senza forza probatoria, ottiene che colui il quale ha rilasciata la scrittura o i suoi successori sieno dipoi assolutamente tenuti in forza della medesima, o che sia vera o no (38), cosicchè essi non possono più neppure allegare la pruova del contrario (39), supponendo però che la scrittura sia legalmente fatta (40). Ma questo diritto speciale mentre non trova applicazione negli altri contratti reali (41), è stato però 2) anche esteso alla *Dos*, allorchè il marito ha rilasciato una scrittura in pruova di averla ricevuta, il che trovasi egualmente per la prima volta in una Costituzione di Settimio Severo e Caracalla (42). Il tempo della *exceptio* e *querela non numeratae dotis* probabilmente prima di Giustiniano durava fino a due anni dopo lo scioglimento del matrimonio; ma Giustiniano avendolo da prima ridotto ad un anno (43) fece in seguito delle altre disposizioni che in tutto si allontanarono dall' antico sistema. Cioè, decorsi dieci anni dalla celebrazione del matrimonio non è più permesso di negare la ricevuta della dote contro una scrittura, che la comprovi; fino a questo termine per verità, se dura tuttavia il matrimonio, è sempre ammessa la negazione, ma, nel caso che il matrimonio venga a sciogliersi prima che il termine sia decorso, si hanno a fare delle distinzioni. Cioè se il matrimonio non è durato più di due anni, la ricevuta della dote può negarsi, anche durante un altro anno, e se ha durato oltre a due anni, può negarsi per altri tre mesi (44). Nel resto tutto procede come nella *exceptio* e *querela non numeratae pecuniae* (45).

3.° Le *Syngraphae*. Fu usanza de' Greci, ricevuta però anche da Ro-

(36) L. 5. C. *in quib. caus. in integr. rest. nec. non est* (2. 41.)
(37) L. 1. C. *de cond. ob. turp. caus.* (4. 7.) Confr. Nota 25.
(38) § un. J. *de lit. obl.* (3.21.); Theoph III. 21. § 1.; L. 8. C. *de non num. pec.* (4. 30.)
(39) L. 14. § 3. C. *eod.*
(40) Nov. 73. c. 2.
(41) Non si oppone la L. 14. pr. § 1. 4. C. *eod.*
(42) L. 1. C. *de dote cauta non num.* (5. 15.)
(43) L. 3. C. *eod.*
(44) Nov. 100.
(45) L. 14. § 4. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

mani, almeno per rapporto a' Peregrini, che si distendessero due esemplari della scrittura di obbligo, sottoscritti dalle due parti, e de' quali ciascuno de' contraenti ne riteneva uno. Siffatte scritture in doppio si chiamavano *syngraphae*, e per queste era esclusa la *exceptio non numeratae pecuniae*, mentre il debito in esse indicato era tenuto assolutamente per vero (46). Le *syngraphae* con l'effetto che abbiam notato non furono ricevute nel dritto Romano; imperocchè sebbene Giustiniano faccia uso di questa espressione, pure egli o intende per esse le ordinarie scritture di obbligazione, o almeno a queste le agguaglia (47).

3) *Requisiti* (*).

A. Per rispetto a' contraenti.

§. 232. Come in tutti gli affari giuridici, così pure nelle convenzioni obbligatorie di ogni maniera la validità è subordinata alla condizione della capacità delle persone contraenti. Sono poi incapaci:

1.° Tutti coloro a' quali la conchiusione di un contratto o assolutamente (1), o sotto alcune circostanze (2) è per legge interdetta;

2.° Tutti coloro a' quali manca la determinazione di volontà necessaria per contrarre. 1) Sono per questo riguardo interamente esclusi dal contrarre A. i fanciulli al di sotto di 7 anni (3), B. i pazzi, eccetto ne' lucidi intervalli (4), e C. coloro ai quali nel tempo del contratto manca il libero uso della ragione per circostanze temporanee, come

(46) Ascon. ad Cic. in Verr. II. 1. c. 36. Caj. III. 134. Confr. con Cic. in Verr. II. 1. c. 36. ad Attic. v. 21. pr. domo c. 50. de harusp. resp. c. 13.

(47) Nov. 18. c. 8. Nov. 121. c. 2.

(*) Le fonti principali per questa teorica sono i titoli *de verborum obligationibus*, nei quali alla forma generale dei contratti sono rannodati anche i principii generali sulle convenzioni obbligatorie, mentre i titoli *de pactis* trattano piuttosto delle convenzioni d'ogni maniera.

(1) L. 46. *D. de contr. empt.* (18. 1.) L. 50. D. *locati* (19. 2.) L. 31. L. 35. C. *eod.* (4. 65.) L. 30. C. *eod.* L. 49. D. *eod.* L. 1. § 9-12. D. *de lege corn. de fals.* (48. 10.) L. 10. C. *ne tutor.* (5. 41.) L. 62. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. § 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. pr. D. *de re mil.* (49. 16.) Nov. 123. c. 6.

(2) L. 3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 9. C. *de prof. et med.* (10. 52.)

(3) L. 70. D. *de V. O.* (45. 1.) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.)

(4) § 8. J. *eod.* L. 1. § 12. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

sarebbe a dire l' ebbrezza, l' ira violenta, ed altre simili cose (5). 2) Que' che son dichiarati prodighi possono per verità validamente contrarre allorchè per la convenzione acquistano un dritto, ma per contrario i loro contratti così bilaterali, come unilaterali son pienamente nulli tostochè ne risulti per essi un' obbligazione (6). 3) Gl' impuberi i quali hanno oltrepassati gli anni dell' infanzia, finchè stanno sotto la patria potestà, sono assomigliati agl' infanti, e non possono obbligarsi neppur con l' approvazione del padre (7), ma se sono *sui juris*, i contratti da essi conchiusi con l' autorità del tutore son pienamente validi (8), mentre pei contratti, che avesser fatti senza l'intervento del tutore, son da fare delle distinzioni : A. Se la convenzione fa nascere semplicemente un diritto pel pupillo, essa è assolutamente valida (9), per contrario B. se stabilisce soltanto un'obbligazione pel pupillo, senza che egli d'altra parte ne tragga un vantaggio, è al tutto vôta d'effetto (10). C. Da ultimo se per la convenzione, o in conseguenza della medesima il pupillo ottiene qualche cosa, per ragione della quale si obbliga, allora per regola egli non è tenuto in guisa da poter essere costretto per via di azione all' adempimento, *civiliter* (11), ma nondimeno ne risulta dal suo lato una *naturalis obligatio* (12), il che segnatamente ha luogo a) allorchè il pupillo conchiude un contratto reale (13), b) allorchè fa una novazione di un suo proprio debito, per la quale nel

(5) L. 48. D. *de R. J.* (50. 17.); *Gluck* Sistem. dichiar. delle Pand. vol. IV. § 288.; *Seuffert* Spiegazioni I. 12.

(6) L. 26. D *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. pr. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 3. D. *de novat.* (46 2.)

(7) L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.). Intanto il padre medesimo dee per la sua approvazione restare obbligato. Arg. § 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 3. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 1. § 6. L. 5. pr. D. *quod jussu* (15. 4.) Confr. L. 1. § 4. D. *de pecul.* (15. 1.)

(8) Pr. J. *de auct. tut.* (1. 21.) § 9. 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 13. § 29. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. D. *de auct. tut.* (26. 8.). Potrebbe quasi dedursi da Cajo III. 109., che nei tempi antichi gl' *infantiae proximi* egualmente che gl' *infantes* non potevano contrarre neppure *auctoritate tutoris.*

(9) § 1. J. *eod.* § 9. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 9. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 7. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(10) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 41. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 16. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 8. pr. D. *de adq. hered.* (29. 2.)

(11) L. 43. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(12) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 42. pr. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 127. D. *de V. O.* (45. 1.)

(13) L. 13. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 21. pr. D. *ad leg. Falcid.* (35. 2.) L. 64. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.) L. 25. §

tempo stesso si libera da questo debito (14), e c) allorchè fa un contratto bilaterale, pel quale immediatamente solo il pupillo acquista un diritto; giacchè qui vale il principio che *impubes obligat*, *non autem ipse obligatur*, ma nondimeno tostochè egli ha ricevuto ed accettato la prestazione dell' altro contraente, ne nasce anche per lui una *naturalis obligatio* (15). Intanto Antonino Pio andò anche più innanzi, e pei casi indicati sotto la lettera C. dispose, che, in quanto dal contratto ne sia effettualmente seguito un arricchimento del pupillo, e questo esista tuttora, sia permesso anche di intentar contro il medesimo un' azione per l'adempimento dell' obbligazione da lui assunta (16). 4) Finchè fu in voga la tutela perpetua sulle donne, i medesimi principi valsero eziandio pe' contratti delle donne (17); ma dopo l' abolizione di quella tutela, le donne che son giunte alla pubertà stanno per questo rapporto nella medesima condizione de' maschi (18). Per quel che riguarda i minori in senso stretto, costoro come capaci di volontà possono mediante contratti obbligarsi nello stesso modo che i maggiori (19), e però non dalla mancanza di volontà ma da altre ragioni dipende che essi nè per via di convenzioni obbligatorie nè per altra guisa non possano disporre del loro *peculium adventitium regulare* senza il consenso del padre (20), non possano disporre del loro patrimonio amministrato da un curatore, senza il consenso di costui (21), e non possa-

1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 44. L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.). Il Giureconsulto Licinio Rufinn ed alcuni altri non volevano veramente riconoscer qui alcuna *obligatio naturalis* L. 59. D. *de O. et A.* (44. 7.) Caj. III. 91.; ma l' opinione opposta, come da quei passi si può raccogliere, era la *recepta sententia*. *Weber* della natur. obl. § 71.; *Gluck* l. c. p. 62. seg.

(14) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) Caj. III. 176. Confr. con § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(15) § 1. J. *de auct. tut.* (1. 21.) L. 1. D. *de rescind. vend* (18. 5.) L. 13. § 29. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 5. § 1. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 4. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(16) L. 5. pr. D. *de auct. tut.* (26 8.) L. 3. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 9. L. 10. D. *de instit. act.* (14. 3.) L. 1. § 15. D. *depositi* (16. 3.) L. 3. § 4. L. 34. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(17) Caj. I. 192. III. 91. 108. 176.

(18) Formano un' eccezione soltanto i contratti d' intercessione. V. § 271.

(19) L. 43. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 101. L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 7. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.). Di altra opinione sono *Weber* l. c. § 72. *Gluck* l. c. p. 83. seg. Veggasi al contrario *Marezoll* nel giornale pel diritto e la procedura civile vol. II. p. 374. seg.

(20) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(21) L. 3. C. *de in integr. rest.* (2. 22.)

no alienare gl' immobili, neppure se abbiano ottenuta la *venia aetatis* (22).

B. Per rispetto al contenuto ed all' oggetto.

§ 233. Un secondo requisito della validità delle convenzioni obbligatorie è che anche il contenuto e l'oggetto delle medesime abbia quelle qualità che la natura della convenzione, o disposizioni positive di legge richieggono. I principali principi sotto questo rapporto sono:

1.° Che i contraenti obblighino sè medesimi e non già altri (1), il perchè la promessa che un terzo debba prestare qualche cosa, *promissio facti alieni* è assolutamente nulla (2), solo è a por mente che non s'intende promettere per un terzo, ma che invece il promettente stesso si obbliga, allorchè A. alcuno promette di fare che un terzo eseguisca qualche operazione, nel qual caso egli dee procurare il fatto del terzo ovvero pagare ciò che all' altro interessa che la cosa fosse fatta (3) B. allorchè la promessa riguarda certe tali prestazioni di un terzo, che il promettente ha diritto di comandargli, nel qual caso vale il medesimo (4); e C. allorchè si è soltanto promessa una pena convenzionale pel caso che un terzo non voglia prestare qualche cosa (5). Ma 2) è dal pari invalida la convenzione per la quale alcuno pattuisce che si faccia una prestazione ad un terzo (6), il che però non si applica allorchè egli medesimo ha interesse che la prestazione si faccia (7), ovvero allorchè ha stipu-

(22) L. 3. C. *de his qui ven. aet.* (2. 43.)

(1) Caj. III. 100.; § 3. 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 11. D. *de O. et. A.* (44. 7.) Nov. 115. c. 6.

(2) § 3. 21. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5. § 4. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 38. pr. L. 83. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 65. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(3) L. 14. § 2. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 38. § 24. L. 81. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 18. L. 19. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(4) L. 37. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 26. § 12. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 3. D. *de usu legato* (33. 2.) L. 9. L. 37. § 4. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 11. C. *de ingen. man.* (7. 14.)

(5) § 21. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 38. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(6) § 4. 19. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 5 § 5. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 38. § 17. L. 97. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 73. § 4. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.) L. 26. C. *de jure dot.* (5. 12.). I Proculiani non volevano che valesse neppur quando alcuno avesse stipulato che si dovesse prestare o a lui o ad un terzo. Caj. III. 103.

(7) L. 38. § 20-23. L. 56. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) § 20. J. *de inut. stip.* (3. 19.)

lato per sè medesimo una pena convenzionale pel caso che la prestazione non si adempia (8). Intanto la predetta regola patisce alcune vere eccezioni, che ci si presenteranno in altra occasione (9).

2.° La convenzione deve anche aver lo scopo di legare effettivamente le parti, e quindi di escludere il loro arbitrio. Per siffatta ragione è nulla la convenzione, 1) allorchè direttamente (10) si lascia all'arbitrio de'contraenti di osservarla o no (11), o allorchè 2) la cosa da prestarsi vien rimessa all' arbitrio di uno de' contraenti (12).

3. Inoltre il contenuto e l' oggetto della convenzione debb' esser siffattamente determinato da non lasciare veruna incertezza, il toglier la quale dovesse dipendere dal puro arbitrio (13). Per certo basta una determinazione relativa o per via di paragone,se per tal mezzo possa con sicurezza dedursi ciò che si dee prestare(14), e per questo si ammette anche che si conceda un dritto di scelta tra più prestazioni (15), è per riguardo a quei tali punti, che dalle altre disposizioni contenute nel contratto possono esser determinati in un modo che secondo i principi di equità corrisponda allo scopo della convenzione, si può anche permettere un'equa estimazione *arbitrium boni viri* tanto ad uno de'contraenti medesimi al che si riferisce auche il caso che il creditore si abbia riserbato un dritto di approvazione (16), quanto ad un terzo (17), che debb' essere indicato incontanente, e la cui morte o rifiuto fa cadere la convenzione (18); giacchè in questi casi il rimettersi all' equità contiene in sè una certa regola di determinazione, la quale

(8) § 9. J. *eod.* L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(9) V. appresso § 250. 251.

(10) Si può fare indirettamente mediante l' aggiunzione di una condizione potestativa (§ 238.), ovvero di un *pactum displicentiae* (§ 245.)

(11) L. 7. pr. L. 35. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 46. § 3. L. 108. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

(12) L. 35. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(13) *Chr. Thomasius* de promiss. rei incertae (Diss. acad. T. IV, n. 112.)

(14) L. 7. § 1. L. 37. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 74. L. 75. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.)

(15) V. § 217.

(16) L. 77. D. *pro socio* (17. 2.) L. 4. D. *de peric.* (18. 6.) L. 24. pr. L. 36. D. *locati* (19. 2.) L. 22. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(17) L. 6. L. 76-80. D. *pro socio* (17. 2.) L. 7. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 24. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 3. C. *de dot. promiss.* (5. 11.)

(18) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 75. D. *pro socio* (17. 2.) L. 6. pr. D. *de condit.* (35. 1.) L. 43. L. 44. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38)

in caso di necessità dà anche al giudice la possibilità di correggere, una determinazione ingiusta, *reductio ad arbitrium boni viri* (19). Per contrario la convenzione non può sussistere allorchè non si può scorgere 1) qual convenzione si abbia avuto in mente di fare (20), 2) che cosa propriamente debba esser prestata (21), 3) qual quantità si debba dare, se importa di determinar la quantità (22), o 4) dove e quando si debba eseguire l'obbligazione, se è importante di determinare il luogo ed il tempo della prestazione (23).

4.° La promessa non dee cader sopra un oggetto impossibile (24), presupposto che l'impossibilità sia obbiettiva, giacchè una semplice impossibilità subbiettiva pel debitore l'obbliga a prestare il valore (25).

5.° Parimente la convenzione non dee contener nulla di illecito (26), il che, prescindendo da una moltitudine di convenzioni spezialmente riprovate (27), le quali s'indicheranno ne' luoghi ove l'ordine della materia richiede che se ne parli, si verifica sempre allorchè la convenzione mira direttamente a qualche cosa d'illecito o immorale (28), o anche solo invita a tentar qualche cosa di somigliante (29),

(19) L. 76-80. D. *pro socio* (17. 2.) L. 24. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 30. pr. D. *de op. lib.* (38. 1.)

(20) L. 80. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(21) L. 75. § 1. 2. L. 94. D. *de V. O.* (45. 1.)

(22) L. 94. D. cit. Una singolare eccezione forma qui la *dotis promissio* L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 3. C. *de dot. prom.* (5. 11.)

(23) L. 115. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. § 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.); Caj. III. § 100.

(24) L. 185. D. *de R. J.* (50. 17.). « *Impossibilium nulla obligatio.* » L. 31. L. 135. L. 188. § 1. D. *eod.* L. 35. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) § 1. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(25) L. 137. § 4. 5. D. *de V. O.* (45. 1.)

(26) L. 35. § 1. D. *eod.* L. 5. C. *de legib.* (1. 4.) L. 6. C. *de pact.* (2. 3.)

(27) L. 1. C. *de aleator.* (3. 43.) L. 2. § 1. D. *quar. rer. act. non dat.* (44. 5.) L. 2. C. *de inut. stip.* (8. 39.) L. 19. L. 134. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 1. L. 2. C. *ne fidejuss. dot. dent.* (5. 20.) L. 9. C. *de prof. et med.* (10. 52.) L. 5. C. *de postulando* (2. 6.)

(28) § 24. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 6. § 3. L. 22. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 35. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 57. D. *pro socio* (17. 2) L. 7. § 3 D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 26. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 123. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 70. § 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 6. C. *de pact.* (2. 3.)

(29) L. 27. § 3. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 17. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 7 D. *depos.* (16. 3.) L. 6. pr. § 1. D. *de pact. dot.* (23. 4.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

anzi tale si ritiene anche il caso della promessa di una ricompensa pattuita per astenersi da qualche malvagia azione (30).

6. Da ultimo le convenzioni che han per oggetto le cose presuppongono per regola 1) che queste cose esistano, sieno in commercio, e possano essere alienate; 2) che colui che dee conseguirle possa anche averle, e 3) che esse non gli appartengano di già. Pertanto i più ampi particolari intorno a ciò possono convenevolmente riserbarsi alla teoria dell'errore, il quale d'ordinario incontrasi ne' contratti in cui manca alcuno di questi requisiti (31). Se la cosa non appartiene a colui che col contratto ne dispone, ciò in generale non nuoce alla validità del medesimo (32), eccetto quando alcuno scientemente si fa promettere dal possessore una cosa rubata, o che questi medesimo sia il ladro o no (33).

C. Per rispetto alla volontà, ed alla dichiarazione della medesima.

§. 234. Parecchi requisiti generali delle convenzioni obbligatorie riguardano la volontà de' contraenti. Questa debb' essere:

1.° Seria; e però una convenzione conchiusa solamente per ischerzo non ha alcun effetto (1), e lo stesso è per le convenzioni di semplice apparenza, *contractus simulati* (2), dal che però segue di per sè stesso che, allorchè sotto un contratto simulato si nasconde un altro contratto, la simulazione non nuoce (3) nè giova a questo (4).

2.° Di più è mestieri che la volontà non sia poggiata sopra un errore essenziale (5).

3.° Inoltre il consenso de' contraenti debb' esser già definitivamente fermato, giacchè solo allora si può dire con ragione che vi sia quel vero accordo di volontà che forma l' essenza di ogni contratto (6). Per con-

(30) L. 7. § 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de cond. ob. turp. caus.* (12. 5.)

(31) V. § 235.

(32) L. 15. L. 16. D. *commod.* (13. 6.) L. 31. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 28. L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 38. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.)

(33) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(1) L. 55. D. *de contr. empt.* (18 1.) L. 3. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(2) L. 54. D. *eod.* L. 55. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *plus. valere quod agitur.* (4. 22.)

(3) L. 9. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 5. L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.) L. 3. C. *plus val. quod. ag.* (4. 22.)

(4) L. 2. L. 4, C. *eod.* L. 17. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(5) V. § 235.

(6) L. 1. § 2. 3. D. *de pact.* (2. 14.)

seguenza una semplice trattativa non lega, ma piuttosto una proposta o un' offerta, finchè non sia accettata, può esser rivocata, anzi svanisce da sè stessa per la morte del proponente (7), e quegli stessi punti sui quali si è di accordo, finchè tutta la convenzione non sia compiuta, non possono avere alcuna forza obbligatoria, ancorachè sieno essi già ridotti in iscritto, come i così detti *appuntamenti*. Si ha come un segno del pieno accordo la caparra che uno de' contraenti dà all'altro, *arrha* (8), nella quale si contiene nel tempo stesso un pegno per l' osservanza della convenzione. Imperocchè sebbene la caparra, quando il contratto viene eseguito, o vien disciolto si debba restituire o imputare sulla prestazione di chi l' ha data (9), essa nondimeno vien perduta dal medesimo, allorchè egli perde per sua colpa i dritti che gli provengono dal contratto (10), ovvero si ritrae indietro o che abbia o no la facoltà di così fare (11). Forse l'usanza di dare una caparra è provenuta dalla mancipazione: essa però non è giammai necessaria (12), e neppure è d' uopo che consista propriamente in danaro (13).

4.° Da ultimo la volontà debb'esser sufficientemente dichiarata. Allorchè la cosa dipende dalle forme, si dee anche osservar tutto ciò che a queste forme appartiene, e per questa ragione i sordi e i muti sono incapaci di stipulare (14). Nondimeno la mancanza o l' imperfetta applicazione della forma Romana de' contratti ha solamente per effetto l' esclusione dell' azione per costringere all' adempimento, ma la convenzione produce non pertanto un' obbligazione naturale (15). Ma la cosa va altramente 1) allorchè la legge ha prescritto delle altre forme per le convenzioni obbligatorie (16), giacchè la mancanza di cosiffatte

(7) L. 2. § 6. L. 10. D. *de donat*, (39. 5.) L. 4. pr. D. *de manum. test.* (40. 2.)

(8) Pr. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 35. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(9) L. 8. D. *de lege commis.* (18. 3.) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. C. *quando lic. ab empt. disced.* (4. 45.) L. 5. § 15. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(10) L. 6. pr. D. *de lege commis.* (18. 3.)

(11) Pr. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) L. 3. L. 5. C. *de sponsal.* (5. 1.)

(12) L. 35. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(13) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. C. *quando lic. ab empt. disc.* (4. 45.) L. 5. § 15. D. *de inst. act.* (13. 7.)

(14) L. 1. § 14. 15. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(15) V. § 229. Nota 13.

(16) L. 7. pr. § 1-3. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. un. § 2. C. *de suffrag.* (4. 3.) L. 1-3. C. *de fide et jure hast. fisc.* (10. 3.) L. 3. C. *si adv. fisc.* (2. 37.) L. 3. C. *de locat. praed. civ.* (11. 70.) Nov. 120. c. 5. 6.

forme priva la convenzione di qualunque forza obbligatoria, o 2) allorchè i contraenti spontaneamente han convenuto di adoperar certe forme ed in ispezialità la compilazione di una scrittura, nel qual caso, secondo la disposizione di Giustiniano la convenzione non diviene obbligatoria, se non dopo l' adempimento di queste tali forme (17). In tutte le convenzioni che non son legate a certe determinate forme, la manifestazione della volontà può seguire anche tacitamente per via d' indizi, e tra assenti, per via di lettere o di messi (18), ma sempre è necessario che possa con sicurezza intendersi la volontà; solo è a por mente che l'oscurità o l' ambiguità ne' punti secondari non nuoce alla validità del contratto, ma s'interpetra contro colui che era tenuto a spiegarsi più chiaramente, e tali sono nella compra e nella locazione il venditore ed il locatore (19). Se si contrae tra assenti per mezzo di procuratori, la convenzione si vuol ritenere come perfetta ed obbligatoria subitochè il procuratore ha conchiuso il contratto, imperocchè ne' contratti la scienza di costui è sufficiente (20); ma avviene il contrario allorchè si tratta per lettere o per messi, imperocchè allora il contratto non si ha per perfetto, se non quando si è fatto noto al proponente che la sua offerta sia stata accettata, e per conseguenza quando ambo le parti sanno che esse sono di accordo (21).

4) *Influenza*:

A. Dell' errore (*).

§ 235. S' intende da sè che i vizi generali degli affari giuridici producono anche qui i loro effetti dannosi. Il vizio più comune delle convenzioni obbligatorie è l' errore, il quale in generale esclude un vero

(17) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) pr. J. *de empt.* (3. 23.)

(18) L. 2. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 4. pr. D. *pro socio* (17. 2.) L. 2. § 2. L. 52. § 10. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(19) L. 39. D. *de pact.* (2. 14.) L. 21. L. 33. L. 34. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 38. § 18. L. 99. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 172. pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

(20) L. 16. § 3. L. 22. § 8. D. *de liber. causa* (40. 12.). Paolo veramente dice il contrario nella L. 17. D. *eod.*

(21) Arg. L. 4. pr. D. *de man. test.* (40. 2.) L. 55. L. 61. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7). Di altra opinione è Wening Ingenheim nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 25. In contrario veggasi Hasse nel Museo Renano vol. II. p. 371.

(*) Meister de effectu error in empt. vend. Goet. 1751. 4.; Kern Dis. de errore contrahentium Goet. 1806. 4.; Kritz Dis. de error. facti in empt. vend. effectu. Lips. 1813. 4.; Thibaut saggi vol. II. n. 4.; Savigny sistema vol. III. § 135. seg. ed aggiunta VIII.

consenso (1). Per certo l'errore può non solamente non esser dannoso e quindi esser giuridicamente indifferente (2), ma può talvolta servire a mantenere in vigore un contratto che sarebbe altrimenti invalido (3); e ci ha eziandio de' casi, ne' quali un errore dannoso dà all'errante soltanto il dritto ad una diminuzione della sua prestazione o ad una indennità, rimanendo ferma la convenzione in tutto il rimanente (4); ma nondimeno per regola l'errore si ha come un vizio tanto sostanziale che l' errante può per questa cagione ritener come nulla la convenzione (5), presupposto però che sia manifesto che il suo errore non gli si possa imputare a colpa (6), sebbene in alcuni rapporti neppure a ciò si abbia riguardo (7). Se errano ambedue le parti, la qual circostanza per alcune specie di errore è necessaria (8), ciascuna di esse naturalmente ha dritto di allegare il suo errore, salvo allorchè questo non nuoce che ad una sola (9). Tra gli errori sostanziali si annovera:

1.° L' errore sulla persona con la quale si contrae (10), ma non già anche l' errore sulle semplici qualità e relazioni dell' altro contraente (11).

2.° L' errore sulla specie della convenzione conchiusa, allorchè ciascuno ha in mente una convenzione diversa (12).

(1) L. 15. D. *de jurisd.* (2. 1.) L. 2. pr. D. *de judic.* (5. 1.) L. 20. D. *de aqua pluv.* (39. 3.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 137. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 116. § 2. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 8. L. 9. C. *de juris et facti ignor.* (1. 18.)

(2) L. 9, § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 52. D. *locati* (19. 2.) L. 34. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 32. D. *de V. O.* (45. 1.)

(3) L. 3. pr. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 4. pr. L. 6. L. 11. L. 12. L. 17. pr. L. 27. pr. L 28. § 1. D. *ad Sct. Vellej* (16. 1.) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(4) L. 57. pr. D. *eod.* L. 4. § 1. L. 21. § 2. L. 42. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 69. § 6. D. *de evict.* (21. 2.)

(5) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 9. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(6) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 14. § 10. L. 55. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 3. § 1. L. 6. L. 9. § 2. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) L. 15. C. *de resc. vend.* (4. 44.)

(7) Nell' *error in corpore* ed *in genere contractus*, nel qual caso non vi è certamente accordo, sarebbe manifestamente contrario al buon senso il ricercare se l' errore sia anche scusabile.

(8) Questo è nuovamente il caso dell' *error in corpore* ed *in genere contractus*.

(9) L. 14. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 52. in fine D. *locati* (19. 2.)

(10) L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 52. § 21. L. 66. § 4. D. *de furtis* (47. 2.); *Savigny* l. c. p. 269. seg.

(11) L. 19. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. § 6. L. 2-6. D. *quod falso tut. auct.* (27. 6.) § 3. J. *quib. mod. re.* (3. 14.)

(12) L. 18. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.). Non si oppone la L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

3.° L'errore sull'oggetto del contratto ne' seguenti casi : 1) allorchè ambi i contraenti hanno in animo un oggetto diverso , *error in corpore* , e l'errore non cade soltanto sopra una cosa accessoria (13). 2) Allorchè la supposizione di qualità che non esistono, *error in qualitate* , la quale per vero generalmente non dà che un dritto ad una indennità (14), o riguarda alcune qualità espressamente pattuite (15), o è tale che abbia fatto creder la cosa di una natura al tutto diversa da quel che è, *error in materia* s. *substantia* (16), nel qual caso nondimeno a colui che credeva di avere una cosa migliore non è impedito, in caso di necessità, di richiedere almeno la cosa realmente promessa (17). 3) Allorchè una cosa che si credeva esistente non esiste (18), il qual caso, a favore di colui che ha promesso la contro-prestazione, si ha già per verificato allorchè al tempo della convenzione era perito più che la metà della cosa (19). 4) Allorchè una *res extra commercium* si è creduto che fosse in commercio (20). Intanto ne' contratti bilaterali colui che in buona fède ha promesso la contro-prestazione può richiedere il risarcimento de' danni interessi (21) ; di più non è nulla l'intera

(13) § 23. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 9. pr. L. 34. pr. D. *de contr empt.* (18. 1.) L. 34. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 57. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 83. § 1. L. 137. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 10. C. *de donat.* (8. 54.)

(14) L. 11. § 5. L. 21. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 11. § 1. L. 14. L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.). Sull'*inanratum* nella L. 14. D. cit. veggasi *Averranii* interpetr. I. 19.; *Bynkershoek* Obs. VI. 14.

(15) L. 58. D *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. § 3. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 4. § 4. L. 18. pr. L. 19. § 2. L. 52. D *de aedil. ed.* (21. 1.)

(16) L. 9. § 2. L. 11. L. 14. L. 41. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.). Secondo la L. 9. § 2. D. cit. pare che l'antica giurisprudenza non avesse riguardato l'*error in materia* come un errore sostanziale; ma più tardi fu senza dubbio riconosciuto il principio stabilito nel testo. Del rimanente sia nella natura delle cose che sulla quistione quando la cosa, su di cui s'era inteso trattare, sia effettivamente di altra specie, le opinioni in concreto possono di leggieri esser discordi, essendochè molte qualità ad uno possono parere più sostanziali che ad un altro, e per conseguenza non dee recar maraviglia se anche i Giureconsulti Romani nell'applicazione del principio non sono sempre d'accordo. *Savigny* l. c. § 137. e 138.

(17) L. 1. § 2. D. *de pign. act.* 13. 7.) L. 22. D. *de V. O.* (45. 1.)

(18) § J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 8. L. 15. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 8. L. 9. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(19) L. 57. D. *de contr. empt.* (19. 1.)

(20) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) § 5. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 4. L. 6. pr. L. 22-24. L. 34. § 1. 2. L. 62. § 1. L. 70. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (44 7)

(21) § 5. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 4. L. 62. § 1. L. 71. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

convenzione quando tra più cose si trovano solamente alcune *res extra commercium*, come parte subordinata e secondaria (22); ed è sempre permesso di contrarre scientemente sopra cose fuori commercio, pel caso che dovessero entrare in commercio, con la sola eccezione che non si può mai promettere un uomo libero pel caso che abbia a divenire schiavo (23). 5) Allorchè alcuno crede che la sua propria cosa sia di altri, ed in questa opinione contrae intorno ad essa (24). il che nondimeno non ha alcuna applicazione quando il contratto riguarda i dritti che un altro abbia sulla cosa (25), o quando si riferisce semplicemente al caso di una futura alienazione della proprietà (26). 6) Allorchè alcuno si fa promettere delle cose che egli non può avere, il che è nullo anche se non vi concorra un errore (27); ma per contrario la circostanza che l'alienazione della cosa sia vietata, per regola esclude soltanto la pretensione alla effettiva prestazione della cosa, ma non toglie che si possa domandare il risarcimento del danno (28).

4.° L'errore sul prezzo, allorchè si è promesso un prezzo minore credendosi quello essere il prezzo che si è domandato, mentre nel caso inverso è nullo solo ciò che si è promesso di più (29).

5.° L'errore sul motivo che ha indotto a contrarre in quanto alcuno siasi creduto a ciò legalmente obbligato (30), imperocchè per tutt'altro non si ha alcun riguardo alla falsità del motivo (31). Dall'errore sulla misura e quantità di una cosa regolarmente non risulta che un dritto di risarcimento (32). Se alcuno fa conchiudere un contratto mediante un

(22) L. 22-24. D. *eod.*

(23) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 34. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(24) § 22. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 31. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 15. § 2. L. 16. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 1. § 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 82. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 45. pr. D. *de R. J.* (50. 17.). La circostanza che l'acquirente abbia dritti sulla cosa gli dà tutto al più il dritto alla indennità L. 16. § 1. L. 17. L. 18. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(25) L. 34. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 28. L. 37. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 6. § 4. D. *de precar.* (43. 26.) L. 82. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(26) L. 61. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(27) L. 34. D. *de V. O.* (45. 1.)

(28) L. 5. C. *de legib.* (1. 14.) L. 2. L. 4. C. *de litig.* (8. 37.) Confr. con L. 34. C. cit.

(29) L. 52. D. *locati* (19. 2.)

(30) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 51. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. C. *de errore calculi* (2. 5.)

(31) L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(32) L. 57. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1 L. 42. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 69. § 6. D. *de evict.* (21. 2.)

procuratore, si dee esaminar solo se egli medesimo abbia errato o no. Altramente va la cosa allorchè il padrone o padre viene obbligato dalle convenzioni che il suo schiavo o *filius familias* senza sua commissione ha conchiuse. Imperocchè qui decide la scienza o l'errore dello schiavo o figlio di famiglia che ha contratto; soltanto, al padrone o al padre che ricorre all'errore di costui può venire opposta l'*exceptio doli*, quando egli medesimo abbia avuta notizia del fatto e non abbia impedito il contratto, quantunque ne avesse avuto il potere (33). Del rimanente tutti questi principi pare che siensi formati per la interpetrazione de' giureconsulti, senza che sieno state emanate delle speciali disposizioni di legge intorno all'errore ne' contratti.

B. Del dolo (*).

§ 256. Secondo l' antica regola che ne' giudizii di buona fede appartenga all'*officium arbitri* di prendere in considerazione il dolo (1), nelle convenzioni di buona fede in ogni tempo un contraente ingannato, allorchè era convenuto, poteva difendersi con l'eccezione del dolo (2), ed allorchè gli competeva un' azione nascente dal contratto, poteva intentar questa anche per cagione del dolo (3), dapprima veramente soltanto pel risarcimento (4), ma più tardi anche per la rescissione del contratto e per la restituzione di ciò che avea di già dato (5). Per contrario ne' contratti di stretto dritto ciò non avea luogo, ma vi si potea solo provvedere mediante una clausola, aggiungendo al contratto la stipulazione espressa: *dolum malum abfuturum esse*, pel qual mezzo

(33) L. 12. L. 13. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 16. § 2-4. L. 17. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 9. D. *de litig.* (44. 6.)

(*) *G. Noodt* de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi L. B. 1709. 4.; *Neustetel* Bonae fidei negot. dolo inita non esse nulla. *Heidelb.* 1818. 8. Il mio trattato della restituzione nello stato primiero § 18.

(1) Cic. de nat. Deor III. 30. de offic. III. 15.; L. 152. § 3. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 3. C. *ex quib. caus. maj.* (2. 52.) L. 2. C. *de act. empti* (4. 49.)

(2) L. 68. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 3. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 21. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 84. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 7. § 3. L. 9. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 43. § 2. L. 68. § 1. 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. pr. L. 6. § 9. L. 13. § 1-5. L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 21. pr. D. *de evict.* (21. 2.) Paul. II. 17. § 6. L. 2. C. *de act. empti* (4. 49.)

(4) *Symmachi* Epist II. 87. « *Vox juris et legum est bonae fidei contractum non posse rescindi* ». Il mio trattato della restituzione nello stato primiero p. 321.

(5) L. 14. § 3. 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. D. *locati* (19. 3.) L. 1. § 9. L. 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

colui ch' era ingannato conseguiva l' *actio ex stipulatu* per essere risarcito del danno (6). Ma questa teoria semplice in processo di tempo patì molte modificazioni :

1.° La più antica si può ben ritrovare nell'ammissione del principio caduto poi di nuovo pressochè in dimenticanza per effetto della restituzione a causa di minore età , cioè che un minore ingannato e i suoi fidejussori potessero riguardar come nullo ogni contratto , e per conseguenza anche un contratto di stretto dritto (7) , in quanto l'inganno fosse commesso dall' altro contraente medesimo e non già da un terzo (8), il qual principio verisimilmente fu introdotto nella *Lex Plaetoria* (9), o almeno ebbe occasione da ciò, che questa legge avea stabilito delle pene speciali e l' infamia pel dolo contro i minori (10).

2.° Una seconda modificazione sta in ciò, che un Pretore Cassio nel sesto secolo di Roma elevò l'*exceptio doli* ad un rimedio giuridico generale ammissibile contro tutte le azioni , cosicchè allora potè essere adoperata anche contro le azioni di stretto dritto (11).

3.° Finalmente una terza modificazione sta nella introduzione dell' *actio de dolo* avvenuta per opera di Aquilio Gallo l' anno di Roma 688 (12), giacchè questa era parimenti applicabile ne'contratti di stretto dritto , e qui prese il luogo dell' azione del contratto la quale si ammetteva ne'*contractus bonae fidei* (13). A questo termine rimaser sempre le cose, inoltre ne'contratti di buona fede infetti da dolo non ebbe mai luogo una nullità generale, la quale si opporrebbe alla esclusione

(6) L. 1. § 4. L. 7. § 3. D. *de dolo* (4. 3.) L. 31. D. *de recept.* (4. 8.) L. 5. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 22. L. 38. § 13. L. 53. L. 119. L. 121. pr. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 19. D. *jud. solvi* (46. 7.) L. 19. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(7) L. 13. § 27-29. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. § 1. D. *de except.* (44. 1.). Il mio trattato della restituzione p. 204. seg.

(8) L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.). Il mio trattato della restituzione p. 343. seg.

(9) V. La mia St. § 53. no. VII.

(10) Cic. de Off. III. 15. de nat. Deor. III. 30. Lex Julia municipalis (Tab. heracleensis) sect. VIII.

(11) L. 1. § 1. L. 2. § 4. 19. L. 4. § 33. L. 7. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 36. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 3. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.) L. 5. C. *de inut. stip.* (8. 39.). Plaut. *Rudens* v. 3. v. 24-26. Il mio trattato della restit. p. 296. seg. D' altra opinione intorno all' autore di questa mutazione sono *Schneider* Le generali azioni sussidiarie p. 135. seg.; *Wangerow* Leitfaden vol. I. p. 243. Veggasi per contrario *Rudorff* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. XII. p. 166. seg. Del rimanente nel precedente § 72. l' introduzione della *exceptio doli* per un semplice errore di scrittura si è riportata al 5. secolo.

(12) Cic. de Off. III. 14.; de nat. Deor III. 30. Il mio trattato della restit. p. 307. seg.

(13) L. 1. § 1. 5. L. 38. D. *de dolo* (4. 3.)

della *exceptio doli* verso quelle persone, alle quali si dee riverenza, come pure verso le persone diverse dall' ingannatore medesimo e da' suoi successori *ex causa lucrativa* (14), e si opporrebbe (15) del pari alla validità della novazione de' crediti fondati sul dolo (16). Generalmente è indifferente se il dolo come un così detto *dolus causam dans* in generale abbia dato causa al contratto, ovvero come *dolus incidens* sia soltanto intervenuto nella conchiusione del medesimo, ovvero nell' adempimento stesso siasi commesso (17); solo è a por mente che ne' contratti di buona fede pel dolo che si commetta in un semplice punto accessorio, l'azione del contratto può intentarsi non per la rescissione del medesimo ma sibbene pel risarcimento del danno (18), ma per contrario alcune particolari specie di dolo danno luogo anche ad altre azioni, e possono eziandio cadere sotto la nozione del furto (19). Se il dolo proviene da un terzo, l'azione del contratto per verità non è applicabile, giacchè essa si dà soltanto contro l'altro contraente, e presuppone che questi medesimo abbia commesso il dolo, ma l'*actio de dolo* è del tutto ammisibile, giacchè essa si dà appunto soltanto contro l' ingannatore e suoi eredi; il perchè in questo caso può anche incontrarsi ne' contratti di buona fede (20). Se amendue le parti hanno ingannato, l'inganno si compensa e niuno può allegare il dolo dell' altro (21).

C. Della violenza (*).

§ 237. Nel caso della violenza valgono principii in parte somiglianti. Siccome il dolo nel senso più ampio comprende anche la violenza ingiusta (1), così secondo il dritto antico anche la violenza ingiusta ne'

(14) L. 4. § 27-33. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(15) Cic. de Off. III. 14. L. 12. L. 19. D. *de novat.* (46. 2.). Consult. vet. Jcti IX. 9.

(16) *Neustetel* l. c. Il mio trattato della restit. p. 323. seg.

(17) L. 1. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 13. § 4. 5. L. 32. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 12. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 22. L. 36. D. *de V. O.* (45. 1.)

(18) L. 54. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 12. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 6. C. *de act. empti* (4. 49.)

(19) L. 20. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(20) L. 7. pr. L. 15. § 3. L. 17. pr. D. *de dolo* (4. 3.)

(21) L. 34. § 2. L. 57. L. 58. L. 70. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 13. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(*) *Noodt* l. c. cap. 16. ; *G. F. Walch.* Comm. de act. vi metuve extortis. Jenae 1790. 4.

(1) L. 15. § 13. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 2. § 8. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

contratti di buona fede dava luogo alla *exceptio doli* ed all' azione del contratto, mentre al contrario nei contratti di stretto dritto non eravi contro di essa alcun rimedio giuridico, finchè la estensione dell'*exceptio doli* a tutte le azioni, avvenuta per l'editto Cassiano non ebbe anche qui apprestato il proprio rimedio. Ma una separazione pratica della violenza dal dolo venne da ciò, che un Pretore Ottavio, probabilmente intorno all'anno di R. 670(2), ma ad ogni modo prima che l'*actio de dolo* esistesse(3), introdusse l'*actio quod metus causa*. Per questa disposizione colui che avea patito la violenza avea un'azione, la quale non solo era applicabile anche ne' contratti di stretto dritto, ma eziandio ne' contratti di buona fede dovè far cadere totalmente dall' uso l'azione del contratto per rapporto alla violenza esercitata, imperocchè essa non si dava, come la posteriore *actio de dolo*, sotto la condizione che mancassero altre azioni, e come *actio in quadruplum*, ed *in rem scripta* (4) assicurava maggiori vantaggi che l'azione del contratto (5). A ciò si rannodò l' ulteriore effetto, che anche l'eccezione della violenza fu separata da quella del dolo, giacchè l' *exceptio metus* fu ritenuta come esente dalle particolari restrizioni dell' *exceptio doli*, e secondo l' analogia dell' *actio quod metus causa* fu riconosciuta come un'eccezione al tutto generale ed *in rem*, il che pare essere avvenuto mediante l' interpetrazione del dritto e la pratica (6). Ne' tempi degli Imperadori si andò anche più oltre, perchè a colui che avea patito la violenza fu data eziandio una propria *restitutio in integrum* (7). Quindi per rapporto all' effetto i contratti infetti da violenza si potrebbero convenevolmente indicare come inefficaci (8). Pertanto non si può ammettere una piena nullità, ma piuttosto anche le obbligazioni fondate sulla violenza sono da riguardare soltanto come *obligationes inefficaces* (9), cosicchè

(2) *Rudorf.* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. XII. n. 3.

(3) V. sopra § 86. Nota 20.

(4) V. sopra § 86. Nota 25. e 30.

(5) È una circostanza degna di considerazione che moltissime volte si parla dell' azione del contratto a cagione di dolo, ma rarissime volte a cagione di violenza.

(6) L. 4. § 33. D. *de doli exc.* (44. 4.). Soltanto la violenza da parte del padre, sotto la cui potestà alcuno si trova, non dà luogo all' *exceptio metus* L. 4. § 34. D. *eod.*

(7) L. 9. § 3-6. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 3. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 2. C. *de rescind. vend.* (4. 44.). Il mio tratt. della restit. § 19.

(8) Seneca de controv. IV. 26.; L. 5. pr. D. *ad leg. Jul. de vi publ.* (48. 6.) L. 116. pr. D. *de R. J.* (50. 17.); Consult. vet. Jcti I. 1. 2. IX. 3. 9.

(9) L. 21. § 4. D. *quod met. causa* (4. 2.) L. 13. C. *de transact.* (4. 2.) L. 3. 4. 5. 7. 8. 11. 12. C. *de his quae vi* (2. 20.) L. 1. L. 8. C. *de rescind. vend.* (4.

la novazione ed il *constitutum debiti* che intorno ad esse interviene possono esser validi.

5) *Disposizioni accessorie.*

A. condizioni

§ 258. A tutte le convenzioni obbligatorie possono aggiungersi le condizioni così sospensive come risolutive, ed anche quelle che son potestative per uno de' contraenti(1). Nondimeno i contratti sotto una condizione sospensiva impossibile sono interamente nulli (2), e lo stesso è per le promesse fatte sotto la condizione che dall' altra parte si faccia (3) o si tralasci (4) qualche cosa illecita, e se la cosa promessa sotto condizione, prima che questa si verifichi, venga interamente a perire, la convenzione si estingue (5); ma dall'altro lato però la condizione per regola mantiene in vigore il contratto, allorchè le cose che erano sottratte alla disposizione che se n'è fatta, sono state promesse solamente pel caso che divenissero capaci di formar l' oggetto della disposizione (6). Finchè la condizione è in sospeso, non si possono far valere i diritti che da essa dipendono(7). Intanto le pretese e le obbligazioni nascenti da contratti condizionali, anche prima che la condizione si verifichi, sono annoverate tra i crediti ed i debiti (8), passano agli eredi (9), debbono esser prese in considerazione nel concorso con-

41.) L. 10. C. *de distr. pigg.* (8. 28.). Di altra opinione è *Walch* l. c. sect. I. c. 3. seg. Veggasi per contrario il mio trattato della restit. p. 351. seg.

(1) L. 9. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 121. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.). Non si oppongono le L. 17. D. *eod.* L. 13. C. *de contr. empt.* (4. 38.). Nondimeno nella società l'ammissibilità delle condizioni sospensive fino a Giustiniano fu controversa L. 6. C. *pro socio* (4.37.)

(2) § 11. J. *de inut. stip.* (3 19.) L. 1. § 11. L. 31. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 7. L. 137. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 29. D. *de fidejuss.* (46. 1.).

(3) L. 27. pr. L. 137. § 6. D. *de V.O.* (45. 1.)

(4) L. 7. § 3. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.)

(5) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 10. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 14. pr. L. 31. pr. D. *de novat.* (46. 2.) Confr. L. 21. D. *de acceptilat.* (46. 4.)

(6) L. 8. pr. L.61. D. *de contr. empt.* (18.1.) L.31. L.98. pr. D. *de V.O.* (45.1.)

(7) § 4. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 54. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 7. pr. D. *de compensat.* (16. 2.) L. 9. L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(8) L. 42. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.). Ciò non vale nei legati condizionali L. 10. D. *de V. S.* (50. 16.)

(9) § 4. J. *de V. O.* (3. 15.) § 25. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 8. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 57. D. *de V. O.* (45. 1.)

tro il debitore (10), e ne' contratti di buona fede danno il diritto di richiedere cauzione, in quanto vi sia fondato timore pel futuro adempimento (11). Ma se la condizione si è verificata, il che si ha pure come avvenuto quando l'obbligato condizionalmente a bella posta ha impedito che la condizione si verificasse (12), allora le convenzioni sotto condizione sospensiva in generale son riguardate come se da principio fossero state senza condizione (13), e le convenzioni sotto condizione risolutiva, almeno nelle alienazioni, son riguardate come se la convenzione non fosse stata affatto conchiusa (14), e però vi fu controversia se potesse adoperarsi l' azione del contratto per ottenere la restituzione, finchè i Rescritti di Settimio Severo e Caracalla non ebbero deciso per l'ammissibilità della medesima(15). Formano delle specie parcolari di convenzioni obbligatorie condizionali :

1.° *Le scommesse*, *sponsiones et restipulationes*, allorchè le reciproche promesse si fan dipendere in guisa dalle opposte opinioni de' contraenti, che solo quegli resti obbligato, l' opinione del quale si trovi esser falsa ; la qual forma di obbligarsi, purchè non siasi scommesso sulla riuscita di un giuoco vietato o sopra altre cose turpi, il che da più leggi non perfettamente note era riprovato (16), è pienamente valida, anzi s' incontra di frequente nel procedimento giudiziario de' Romani (17).

2.° *La promessa di una pena convenzionale*, *stipulatio poenae*, allorchè alcuno pel caso di una determinata azione od omissione, che un altro desidera che non avvenga, gli promette di dare qualche cosa per pena (18). Più frequentemente siffatte pene sono stabilite per l'inadempimento delle obbligazioni, o per positive violazioni di dritto ; nondimeno si ammettono anche per le azioni ed omissioni, alle quali l'altro

(10) L. 6. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 4. pr. D. *de separat.* (42. 7.)

(11) L. 41. D. *de judic.* (5. 1.) L. 38. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(12) L. 8. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(13) L. 8. pr. D. cit. L. 11. § 1. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 64. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 16. D. *de solut.* (46. 3.)

(14) L. 4. § 3. L. 6. pr. D. *de in diem. addict.* (18. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de lege commiss.* (18. 3.). Non si oppone la L. 4. § 1. D. *eod.*

(15) L. 4. pr. D. *eod.*

(16) L. 3. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 17. § 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) V. la mia St. § 56. Nota 12.

(17) Caj. IV. 165. 166. V. sopra § 64. Nota 28.

(18) § 7. J. *de V. O.* (3. 15.) § 19. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 38. § 17. L. 81. L. 123. D. *de V. O.* (45. 1.)

contraente non ha verun dritto (19). Solo è a por mente che la pena non dee tendere a sollecitare il promettente ad azioni illecite ed immorali (20), o a restringere la sua libertà di maritarsi o far divorzio (21), o a metterlo in una tale dipendenza dall'altro, da dover fare in tutto la sua voglia (22). È indifferente poi qual sia l' oggetto della pena (23) e del pari quale ne sia la quantità (24), purchè però non si celi con questo un interesse usurario (25). Se la pena convenzionale si è promessa pel caso che qualche cosa si faccia, s' incorre nella medesima subito che s'intraprende l'azione da parte del promettente o de' suoi eredi (26); al contrario se la pena si è promessa pel caso che si tralasci di fare qualche cosa, non s' incorre nella medesima se non quando 1) sia già trascorso il tempo in cui si avrebbe dovuto agire, senza che però, secondo Giustiniano, vi sia anche mestieri di un avvertimento (27), il che prima era controverso (28), ed allorchè 2) nel tempo stesso niuna impossibilità assoluta non imputabile abbia impedito l'azione (29). Quando non si ha alcun dritto all' azione od omissione punita con pena convenzionale, naturalmente non può mai chiedersi altro che la pena (30). Ma nelle obbligazioni è da distinguersi se la pena stabilita per la violazione del rapporto di obbligazione, sia imposta segnatamente per l'in-

(19) § 19. 21. J. *de inut stip.* (3. 19.) L. 6. § 1. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 38. § 1. 2. 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

(20) L. 26. L. 35. § 1. L. 61. L. 123. L. 134. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(21) L. 71. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 134 pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. C. *de inut. stip.* (8. 39.). Secondo la L. 71. § 1. D. cit. pare che ciò sia stato introdotto nell' Editto del Pretore.

(22) L. 1. § 5. D. *quar. rer act. non dat.* (44. 5.). Per verità questo passo parla soltanto dei manomessi per rapporto al loro padrone, ma deve molto maggiormente valere anche per altri.

(23) L. 11. § 2. D. *de recept.* (4. 8.)

(24) L. 1. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 9. § 1. D. *de usur.* (22. 1.)

(25) L. 13. § 26. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. pr. L. 44. D. *de usur.* (22. 1.) Fragm. Vat. § 11. Pare che questa restrizione sia stata la prima volta introdotta per l' autorità di Papiniano.

(26) L. 4. § 1. L. 49. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.). Nondimeno colui, al quale si è promesso, non deve per sua colpa aver dato occasione all' atto del promettente L. 54. § 1. D. *locati* (19. 1.)

(27) L. 2. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) L. 12. C. *de contr. et comm. stip.* (8. 38.)

(28) L. 4. § 8. D *de lege commiss.* (18. 3.) L. 47. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(29) L. 69. D. *eod.* L. 23. D. *de O. et A.* (44. 7.) Confr. con L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.)

(30) L. 6. § 1. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

dugio della prestazione, ovvero per l' assoluto inadempimento, giacchè nel primo caso il dritto alla prestazione dura tuttavia insiem colla pena (31), ma nel secondo caso, se non sia chiaramente stabilito il contrario, il pagamento della pena tien luogo della propria prestazione, e per conseguenza libera dalla medesima (32), ma d'altra parte però qui la pena incorsa cessa nuovamente, allorchè, prima ch' essa sia richiesta, la prestazione si esegua (33).

B. Determinazioni di tempo, Limitazioni, e Riserve.

§ 239. Del pari che le condizioni anche le altre disposizioni accessorie degli affari giuridici sono generalmente ammesse nelle convenzioni obbligatorie, anzi in esse appunto s' incontrano più di frequente.

1.° Nondimeno per rispetto alle determinazioni di tempo è da distinguersi quanto segue : 1) I termini finali *dies ad quem* nei rapporti di obbligazione, che secondo la loro natura durano un certo tempo, hanno sempre un senso ed una significazione perfetta (1), ma non è così in quelle tali obbligazioni, che tendono a qualche cosa che si dee dare o fare una sola volta; in siffatte obbligazioni non si fa caso di tai termini, purchè l'intenzione non sia stata che il creditore dovesse richiedere la prestazione prima del tempo stabilito, o altrimenti dovesse perdere il suo dritto, nel qual caso il termine contiene una condizione risolutiva (2). 2) I termini di cominciamento, *dies ex quo* s. *dies solutionis*, ne'quali la prestazione si dee eseguire o almeno cominciare, possono senza eccezione esser convenuti con effetto (3), e sospendono la facoltà di far valere il dritto fino a che non giunga il momento stabilito (4).

2.° Le prescrizioni limitative sopra l'uso e il godimento delle cose

(31) L. 71. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(32) L. 44. § 5. 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 41. L. 42. D. *pro socio* (17. 2.)

(33) L. 52. D. *de recept.* (4. 8.)

(1) L. 1. pr. L. 65. § 6. D. *pro socio* (17. 2.) L. 13. § 11. L. 14. D. *locati* (19. 2.) L. 22. C. *eod.* (4. 65.)

(2) L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 56. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) § 3. J. *eod.* (3. 15.)

(3) L. 44. § 1. D. cit.

(4) § 2. J. *de V. O.* (3. 15.) L. 41. § 1. D. *eod.* (45. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 16.) L. 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

alienate, locate, o prestate, che ne' fonti più comunemente vengono indicate con le espressioni generali *leges* s. *conditiones contractus*, che con la denominazione tecnica *modus*, certamente allorchè sono inserite nel contratto e non sono dalla legge riprovate, debbono essere osservate, cosicchè a cagione dell' inosservanza delle medeime si può con l'azione del contratto domandare i danni interessi, purchè si possa dimostrare un effettivo interesse pecuniario(5); non per tanto la loro trasgressione per regola non opera in un modo risolutivo (6), quando espressamente non sia convenuto il contrario (7); di più l'obbligazione, che nasce da siffatte prescrizioni, non passa ai successori singolari che sono in possesso della cosa (8).

3.° Se mediante una riserva aggiunta al contratto venga eccettuata qualche cosa, la quale altrimenti vi dovrebbe esser compresa, questa eccezione è da interpetrarsi strettamente, e però non può estendersi a cose, alle quali non è certo che si sia pensato (9).

CAPITOLO TERZO

ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI (*).

I. OSSERVAZIONE PRELIMINARE.

§ 240. Tutte le obbligazioni hanno lo scopo di essere estinte mediante l' adempimento, ma possono anche in altre guise in tutto o in parte estinguersi, non solo mediante la soddisfazione del creditore *satisfactio*, allorchè egli riceve la prestazione dovuta ovvero qualche altra cosa in cambio di quella, ma anche senza la soddisfazione del medesimo. È importante a distinguere se per la causa di estinzione il vincolo dell' obbligazione sia pienamente sciolto ed annullato, per esprimere la qual cosa si adopera la frase : *ipso jure tollitur obligatio*, ov-

(5) L. 75. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 5. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. § 3. L. 11. § 1. 4. L. 25. § 3. L. 29. L. 30. § 2. L. 55. § 2. D. *locati* (19. 1.) L. 135. § 3. D. *de V. O.* (45. 1.). Intorno ad un *modus* specialmente rigettato veggasi § 258. Nota 24.

(6) Una eccezione incontrasi soltanto nelle donazioni. V. § 266.

(7) L. 51. pr. D. *locati* (19. 1)

(8) Il *modus* aggiunto ad un' alienazione di schiavi forma un'eccezione. V. § 119. Nota 22.

(9) L. 77. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 53. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(*) *B. Brissonius* de solut. et liberat. (op. min. p. 111. seg.) *K. Sell.* Sulla estinzione delle obbligazioni. *Marb.* 1839. 8.

vero se da ciò ne risulti solamente un' eccezione perentoria, cosicchè il debitore sia per verità protetto *ope exceptionis*, ma il credito continui tuttavia come *obligatio inefficax* (1). In generale dipende dalla natura della causa di estinzione, se la medesima debba operare in quella o in questa guisa; intanto le particolari opinioni de' Romani hanno avuto per effetto che si ammetta (2), o almeno ne' primi tempi fosse ammessa (3) soltanto una estinzione *ope exceptionis* in alcuni casi, ne' quali manca una ragione intrinseca per un effetto così limitato. Allorchè nelle obbligazioni bilaterali una parte, senza soddisfar l'altra, vien liberata dal suo debito, importa vedere se l' altra dal suo canto abbia già eseguita o no la prestazione. Nel primo caso ella veramente non può domandare indietro ciò che ha dato, ma nel secondo però non può esser costretta all' adempimento del suo obbligo, il qual principio di equità pare che fosse ammesso per l' autorità di Labeone (4). Nella più parte dei casi l' estinzione di un'obbligazione giova a tutti coloro, che per qualsivoglia ragione son risponsabili pel debito, ed è efficace contro tutti coloro che possono richiedere la soddisfazione del medesimo. Nondimeno ciò patisce varie limitazioni ed eccezioni. Ma ogni estinzione debb' esser provata da parte di colui che l' allega (5), in quanto non vi sia alcun fatto, che faccia sorgere la presunzione dell'estinzione, al che segnatamente si riferisce il caso che sias restituita o lacerata la scrittura che prova il debito (6), o il caso che un creditore per lungo tempo si abbia ricevuto interessi minori di quei che erano pattuiti, il che si ritiene come una rinuncia al di più (7), e

(1) Caj. III. 168.; L. 4. L. 10. pr. L. 21. D. *de compens.* (16. 2.) L. 34. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 17. § 1. L. 27. § 2. L. 51. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 28. D. *mandati* (17. 1.) L. 1. § 24. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 19. pr. D. *de acceptilat.* (46. 4.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(2) L. 8. § 3. L. 14. L. 19. pr. D. *de acceptilat.* (46. 4.)

(3) Caj. l. c.; § 30. J. *de act.* (4. 6.). Non è da confondere con ciò la distinzione di *solutio naturalis* e *civilis*, secondochè una maniera di estinzione è fondata nella natura delle cose, o soltanto in disposizioni positive, come la perdita di un credito per pena L. 49. L. 107. D. *de solut.* (46.3.)

(4) L. 50. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 1. L. 5. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 23. D. *de acceptilat.* (46. 4.) Confr. il mio articolo nell'Arch. per la prat. civ. vol. XVIII. n. 6. Nondimeno nella *emptio spei* non vale questo principio, quando la speranza svanisce L. 11. § 18. D. *de act. empti* (19. 1.), e neppure quando una cosa venduta è perita.

(5) L. 3. D. *de pactis* (2. 14.) L. 12. D. *de probat.* (23. 3.) L. 1. D. *eod.* (4. 19.)

(6) L. 24. D. *eod.* L. 7. C. *de remiss. pign.* (8. 26.) L. 14. L. 15. C. *de solut.* (8. 43.)

(7) L. 13. pr. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. L. 8. C. *eod.* (4. 32.)

secondo la disposizione di Marciano anche il caso che trattandosi di pretesi arretrati di pubbliche imposte, il debitore possegga quietanze *apochae* di un tempo posteriore che provino di aver pagato per tre anni sussecutivi (8). Intorno alla prova valgono in generale le regole ordinarie, se non che Giustiniano fece due singolari disposizioni: 1) che chi senza quietanza, pretende di aver pagato un debito, sul quale ha rilasciato una scrittura che si trova tuttora in mano del creditore, non può altrimenti provarlo, che per mezzo di cinque testimoni presenti al pagamento (9), e 2) che le quietanze di persone private, allorchè non vi si aggiunga eziandio la restituzione del titolo, non possono far pruova se non dopo trenta giorni (10).

II. SPECIE DI ESTINZIONE.

1) *Mediante soddisfazione del creditore:*

A. Casi particolari.

§ 241. Alle specie di estinzione per cui il creditore ottiene la soddisfazione appartiene:

1.° Innanzi ogni altra cosa il pagamento, *solutio*, cioè la prestazione di ciò appunto che il debitore deve, la quale avvenuta in un modo valido (1) sino alla debita concorrenza toglie pienamente, *ipso jure*, l'obbligazione (2). Nel caso che vi siano più crediti generici della stessa specie, il debitore, allorchè ciò che ha dato non è sufficiente per soddisfarli tutti, può determinare quali voglia con quel pagamento estinguere (3), e se non ha nulla determinato intorno a ciò, il creditore dee sempre imputare ciò che ha ricevuto da prima sul credito più gravoso; ma se tutti sotto tal rapporto sono eguali, dee far l'imputazione sopra ciascuno nella debita proporzione (4).

2.° La prestazione di un oggetto diverso, la quale veramente, se-

(8) L. 3. C. *de apoch. publ.* (10. 22.)

(9) L. 18. C. *de testib.* (4. 20.) Nov. 90. c. 2.

(10) L. 14. § 2. C. *de non num. pec.* (5. 30.). Naturalmente la contropruova contro una quietanza rimane sempre permessa L. 19. § 1. D. *de acceptilat.* (46. 4.)

(1) V. § 219.

(2) Caj. III. 168. 172.; pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. § 24. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.)

(3) L. 1. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. C. *eod.* (8. 43.)

(4) L. 1. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. L. 97. D. *eod.*

condo l'opinione dei Proculiani, avea effetto soltanto *ope exceptionis* (5), ma secondo la teorica posteriore senza dubbio estingue *ipso jure* il debito, purchè il creditore l' abbia volontariamente accettata (6), ed il debitore non abbia agito per errore (7), ed ancora niuna parte della cosa data sia stata contro al creditore rivendicata (8).

3.° Il concorso di due cause lucrative, allorchè colui che o per donazione, o per altra causa può richiedere una cosa speciale a titolo gratuito, ottiene anche gratuitamente da un altro quella cosa medesima e non già semplicemente il suo valore (9).

4.° L'estinzione di crediti scambievoli, che l' uno ha verso l' altro (10).

5.° La novazione (11).

B. Specialità.

a) *Della deduzione e compensazione* (*).

§ 242. Per rispetto all'estinzione di crediti reciproci, che l'uno abbia verso l'altro, son da distinguere due casi: 1) la reciproca estinzione di crediti di diversa specie, *deductio*, la quale non può aver luogo che col consenso di amendue le parti, eccetto un solo caso nel dritto Romano antico (1), e 2) l' imputazione reciproca di crediti generici della medesima specie, *compensatio* (2), al che un debitore convenuto ha dritto anche contro la volontà del creditore che pretende il pagamento (3),

(5) Caj. l. c.

(6) L. 1, § 5. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 17. C. *de solut.* (8 43.) pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.). Nella *datio in solutum* non dipende neppure dal consenso del creditore Nov. 4. c. 3.

(7) L. 26. § 4. D. *de cond. indeb.* (12. 6.)

(8) L. 46. D. *de solut.* (46. 3.)

(9) § 6. J. *de legat.* (2. 20.) L. 17. L. 19. D *de O. et A.* (44. 7.) L. 61. D. *de solut.* (46. 3.)

(10) V. § 242.

(11) V. § 243.

(*) *Bethmann — Hollweg* Agginnta al trattato della compensazione nel Museo Renano vol. I. p. 257. seg. *A. O. Krug.* La teorica dalla compensazione. Lipsia 1833. 8.

(1) Caj. IV. 65-68. L. 15. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) V. § 225. Nota 50.

(2) Caj. IV. 66. Paul. S. R. II. 5, § 3.

(3) § 30. 39. J. *de act.* (4. 6.) L. 2. L. 5. D. *de compens.* (16. 2.) L. 20. § 2. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 10. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 1. C. *de compens.* (4. 31). Nei crediti alternativi in cui solo un oggetto è della stessa specie dell' altro credito il debi-

presupposto A) che il suo credito che contrappone all'altro appartenga almeno alle obbligazioni naturali (4), e non sussista semplicemente come *obligatio inefficax* (5), B) che il medesimo sia anche già scaduto (6), e si ritiene come scaduto quando deve soltanto aspettarsi un termine di dilazione dato per l' esecuzione (7), e C) che esista una vera reciprocanza di crediti fra le due parti (8). Nondimeno quest' ultimo requisito in più rapporti si è temperato secondo l'equità. a) Ad un cessionario non può invero opporsi in compensazione che un debito suo proprio, non già anche un debito del cedente (9), ma i crediti acquistati per cessione sono del tutto adatti alla compensazione (10); b) il fidejussore convenuto può invocare per la compensazione tanto un credito del debitor principale, quanto un credito suo proprio (11). c) Del pari un *correus debendi* può valersi per la compensazione anche dei crediti dei suoi condebitori, allorchè son socii (12), e d) un figlio di famiglia può parimenti valersi de' crediti di suo padre (13). Da ultimo e) colui che agisce sul fondamento di contratti di un suo schiavo o figlio di famiglia dee condiscendere che gli si oppongano in compensazione anche i crediti che competono al debitore contro quello schiavo o figlio di famiglia (14). Singolari limitazioni della compensazione introdotte da Senato-consulti e Costituzioni Imperiali sono: A che i debitori del fisco, o di un Comune allorchè sono in debito per cagione di pubbliche imposte o di prezzo di vendita, non possono affatto compensare (15), e per gli altri debiti, il possono solamente in quanto il credito che essi da loro parte oppongono, sia diretto contro la stessa cassa, *statio*, alla quale essi debbono pagare (16), e B) che Giustiniano vietò

tore naturalmente non può compensare che quando la scelta appartiene a lui, o quando il suo avversario ha di già scelto un oggetto della stessa specie L. 22. D. *de compens.* (16. 2.).

(4) L. 6. D. *de compens.* (16. 2.)

(5) L. 14. D. *eod.*

(6) L. 7. pr. D. *eod.*

(7) L. 16. § 1. D. *eod.*

(8) L. 16. pr. L. 18. § 1. L. 23. D. *eod.* L. 9. C. *eod.*

(9) L. 34. D. *de procur.* (3. 3.). Se parecchi ammettono il contrario, ciò si spiega dal perchè questo passo ordinariamente non è avvertito.

(10) L. 18. pr. D. *de compens.* (16. 2.)

(11) L. 4. L. 5. D. *eod.*

(12) L. 10. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(13) L. 9. § 1. D. *de compens.* (16. 2.)

(14) L. 9. pr. D. *eod.*

(15) L. 46. § 5. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 3. L. 7. C. *de comp.* (4. 31.)

(16) L. 1. C. *eod.* Confr. con L. 12. L. 24. D. *eod.*

interamente di opporre in compensazione un credito scambievole nell' *actio depositi*, e nelle azioni per causa d' ingiusta usurpazione (17). Per altro non si ha riguardo alla causa onde il credito è derivato, nè alla specie di azione (18), come del pari non si ha riguardo se amendue i crediti siano di eguale quantità o no (19), o se uno per avventura produca interessi e l' altro no (20). Anche nelle azioni in *rem* è ammessa la compensazione per rapporto alle pretensioni accessorie (21). Nondimeno in origine la compensazione era limitata ai *judicia bonae fidei* (22). Qui si pensava che l' *arbitrer* nella sua generale istruzione avesse ricevuto facoltà di mettere a conto i crediti opposti dal convenuto anche, allorchè questi nella stessa istanza di esecuzione il invocava per la prima volta contro l' *actio rei judicatae* (23), col qual mezzo ambedue i crediti fino alla debita concorrenza vicendevolmente si estinguevano *ipso jure*, non altrimenti che se fosse seguito il pagamento (24), e questo avveniva retroattivamente dal momento in cui amendue erano esistiti (25). Gli *Argentarii* anzi cadevano nella pena della *plus petitio*, allorchè nel promuovere un'azione non avevano essi medesimi fatta l'imputazione del credito reciproco del loro debitore, ma invece aveano aspettato che ne fosse allegata l' eccezi one (26), il che forse più tardi divenne regola generale (27). Nei giudizii di stretto drit-

(17) § 30. J. *de act.* (4. 6.) L. 14. § 2. C. *de comp.* (4. 31.) L. 11. pr. C. *depositi* (4. 34.)

(18) L. 10. D. *de comp.* (16. 2.) L. 14. pr. C. *eod.* (4. 31.) § 30. J. *de act.* (4. 6.) ; Paul. II. 5. § 3. Non si oppone Cajo IV. 61. e § 39. J. *de act.* (4. 6.), dove l' *eadem causa* senza dubbio non deve significare se non un credito della medesima specie.

(19) L. 5. L. 12. C. *eod.*

(20) L. 11. D. *eod.*

(21) L. 32. L. 48. L. 65. pc. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 14. pr. C. *de compens.* (4. 31.)

(22) Caj. IV. 61-64.; § 30. J. *de act.* (4. 6.)

(23) Caj. IV. 61. 63. Confr. con L. 16. § 1 D. *de compens.* (16. 2.) L. 2. C. *eod.* (4. 31.)

(24) L. 4. L. 10. pr. L. 15. L. 21. D. *eod.* L. 4. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 19. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 76. D. *de V. S.* (50. 16.)

(25) L. 11. D. *de comp.* (16. 2.) L. 4. L. 5. C. *eod.* (4. 31.). Intanto gl' interessi pagati di un capitale compensato non potevano per questo esser domandati in dietro L. 7. C. *de solut.* (8. 43.)

(26) Caj. IV. 64. 66. 68. Intanto io penso che qui non si parli se non dell' *actio receptitia* (§ 264.), che Giustiniano abolì nella L. 2. C. *de const. pecun.* (4. 18.)

(27) Paul. II. 5. § 3. Ciò si trova qui senza alcuna ambiguità, ma la cosa è dubbia, imperocchè altrove non si trova nulla di ciò.

to al contrario il convenuto non avea alcun dritto alla compensazione, eccetto nell' *actio ex stipulatu* per le cauzioni giudiziarie, *stipulationes praetoriae* (28). Se non che Marco Aurelio permise al convenuto di fondare sopra un credito compensabile la *exceptio doli*, e di ritenere per conseguenza l'ammontare del suo credito dalla prestazione che dovea fare; qui però i due crediti sussistevano ancora (29). Ma Giustiniano anche ne' giudizii di stretto dritto attribuì alla compensazione l'effetto di estinguere i crediti *ipso jure*, se non che impose per questo la nuova condizione che il credito reciproco opposto la prima volta nel corso del giudizio e quindi dopo la contestazione della lite dovesse esser liquido (30). Colui che tralascia di opporre la compensazione conserva sempre il suo credito, allorchè non apparisce alcuna rinuncia (31), ed in caso di errore può anzi ripetere come *indebitum* ciò che ha dato (32). Ma se la compensazione è stata rigettata dal Giudice, allora il credito opposto non continua ad aver vigore, se non quando sia stato rigettato unicamente come non proprio alla compensazione, giacchè un credito effettivamente giudicato insussistente può venir respinto con la *exceptio rei judicatae* (33).

b) *Della novazione* *

§ 243. Per novazione s'intende quando alcuno mediante un contratto formale si obbliga a qualche prestazione, affinchè un altro debito o proprio o altrui si estingua, e quindi nel luogo di una obbligazione esistente ne venga posta un'altra (1), il che può avere uno scopo molto di-

(28) L. 10. § 3. D. *de comp.* (16. 2.)

(29) § 30. J. *de act.* (4. 6.)

(30) L. 14. pr. § 1. C. *de comp.* (4. 31.) § 30. J. cit. Anche nell' eccezione proposta immediatamente richieggono la liquidità il Cujacio observ. VIII. 16. X. 12; ed *Hasse* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VII. n. 9., ma la ragione di Giustiniano dimostra il contrario.

(31) L. 26. D. *de probat.* (22. 3.) L. 1. § 4. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(32) L. 10. § 1. D. *de comp.* (16. 2.) Confr. con L. 51. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. § 2. D. *de impens.* (25. 1.)

(33) L. 8. § 2. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 30. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 18. § 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 7. § 1. D. *de compens.* (16. 2.) L. 1. § 4. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(*) *J. C. Hasse* Diss. an. novat. voluntaria esse possit citra stipulationem. Kil. 1811. 4. *J. Hopp.* Sulla novazione. *Hanau* 1811. 8.

(1) L. 1. pr. L. 2. D. *de novat.* (46. 2). Dalla L. 7. § 6. D. *de pact.* (2. 14.) L. 72 pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) non si dimostra che basti anche un semplice *pactum*.

verso (2). Or siccome ci avea due forme di contratti, così s' incontrano anche due forme della novazione: 1) la novazione mediante stipulazione, la quale è la sola che rimane nel dritto di Giustiniano. I suoi requisiti sono: A. una obbligazione la quale si voglia novare (3), al che veramente è sempre sufficiente un' obbligazione naturale (4), ma *una obligatio inefficax* solo allora è bastante quando il promettente ha conosciuto l' eccezione che gli competea (5); B. una convenzione valida ed obbligatoria (6), nel che parimente è sufficiente che ne risulti almeno un' obbligazione naturale pel promettente (7); e C. l' espressa dichiarazione dell' *animus novandi*, cioè l' intenzione di sostituire il nuovo contratto all' antica obbligazione (8), giacchè un nuovo contratto per rispetto ad un' obbligazione già esistente può anche mirare ad una semplice modificazione o aggiunta (9). Prima di Giustiniano questa dichiarazione non era necessaria, e per tal ragione i Giureconsulti Romani pel caso di dubbio avean formato parecchie presunzioni per determinare quando fosse da ritener la novazione. Ma siccome queste presunzioni parte erano arbitrarie, e parte neppure erano di ajuto, così Giustiniano dispose che, quando l'*animus novandi* non fosse dichiarato, il nuovo contratto si avesse a riguardare come una semplice aggiunta all' antica obbligazione (10). Per mezzo di una valida novazione si estingue *ipso jure* l' antica obbligazione con tutt' i dritti accessorii (11), e la nuova obbligazione dee giudicarsi semplicemente secondo

(2) Caj. II. 38. III. 176. 178. § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 5. L. 8. § 5. L. 11. L. 34. § 2. D. *de novat.* (46. 2.) L. 91. D. *de solut.* (46. 3.) L. 13. § 10. D. *de accept.* (46. 4.)

(3) L. 91. § 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 6. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(4) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(5) L. 12. L. 13. D. *eod.* L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.)

(6) Caj. III. 176.; § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29) L. 3. L. 10. L. 20. L. 21. L. 25. L. 34. pr. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 10. D. *de solut.* (46. 3.) L. 48. § 1. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14.)

(7) L. 1. § 1. L. 9. pr. L. 20. § 1. D. *de novat.* (46. 2) Confr. con § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(8) § 3. J. cit. L. 8. C. *de novat.* (8. 42.)

(9) L. 2. L. 6. pr. L. 8. § 2-5. L. 28. D. *eod.* L. 71. pr. D. *pro socio* (17. 2.) L. 44. § 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 3. pr. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(10) L. 8. C. *de novat.* (8. 42) Confr. *Hepp.* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XV. n. 11.

(11) L. 1. pr. L. 15. L. 18. L. 27. L. 29. L. 30. L. 31. § 1. D. *eod.* L. 2. L. 3. C. *eod.* L. 91. D. *de solut.* (46. 3.). Sul trasferimento dell' antico dritto di pegno al nuovo debito veggasi § 200. Nota 16.

il nuovo contratto (12). Nondimeno se la novazione siasi fatta condizionalmente, allora questo effetto dipende sempre dal verificarsi della condizione (13); dove al contrario nella novazione di una obbligazione condizionale è da vedere se il nuovo contratto debba entrare in luogo dell'antica obbligazione assolutamente, o pure solo quando la condizione del primo debito siasi avverata, la quale ultima cosa nel dubbio vien presunta (14). 2) La novazione per mezzo dell' antico contratto *litteris*, la quale cessò insieme con questa forma di contratto ma finchè il *contractus litteris* fu in voga, potè sotto la denominazione di *transcriptio nominis* avvenire in due guise (15), come *transcriptio a re in personam*, allorchè un altro debito iscrivevasi come prestito nei libri di conto (16), e come *transcriptio a persona in personam*, allorchè il debito s' iscriveva sotto il nome di un altro debitore o creditore (17). Oltre a ciò si parla anche di una novazione che interviene per la contestazione di lite (18) e per la sentenza (19), ma in amendue i rapporti non trovasi che una piccola somiglianza con la vera novazione. Imperocchè sebbene la contestazione della lite contenga un contratto finto (20), e sebbene nei *legitima judicia* per le azioni *in jus conceptae* togliesse siffattamente il dritto originario, che l' attore non potea nuovamente agire sul fondamento del medesimo, ma per conseguire il suo scopo dovea continuare l' azione una volta intentata (21), col che stanno in connessione parecchie conseguenze della contestazione della lite divenute posteriormente generali, segnatamente il principio

(12) Soltanto un *dies solutionis* dell' antico debito si sottintende da sè nel nuovo, quando non si è dichiarato il contrario L. 47. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. L. 8. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(13) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 36. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 14. pr. L. 24. L. 31. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 30. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 72. § 1. D. *de solut.* (46. 3.). Servio Sulpizio voleva qui ammettere anche un' assoluta estinzione dell' antico debito, ma ciò non fu seguito. Caj. III. 179. Se l' antico debito si estingue in altra guisa, prima che la condizione si verifichi, vien meno la novazione L. 21. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(14) L. 8. § 1. L. 14. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 60. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(15) Caj. III. 128.; *Keller* negli annali di *Sell* vol. I. n. 3.

(16) Caj. III. 129.; Cic. de Off. III. 14.; Theophilus III. 21. pr.

(17) Caj. 130.; Caj. Epit. II. 9. § 12.; Liv. XXXV. 7.

(18) Caj. III. 180.; Fragm. Vat. § 263.; L. 29. D. *de novat.* (46. 2.)

(19) Caj. l. c.; L. 3. pr. C. *de usur. rei. jud.* (7. 54.)

(20) V. § 76. Nota 8.

(21) Caj. IV. § 107. III. 181.

che chi s' impegna in un giudizio per un debitore, libera costui (22), pure la contestazione della lite senza dubbio non ha mai estinto i dritti di pegno, le fidejussioni, le obbligazioni d'interessi, i privilegi, ed altre dipendenze dei crediti, il che, almeno secondo il dritto posteriore, non si può dire della novazione (23). Nello stesso modo va la cosa per le sentenze che riconoscono un credito, le quali del pari lasciano sussistere i dritti accessorii (24), ed hanno sol questo di comune colla novazione, che il credito sussiste solamente come dal Giudice è stato riconosciuto, e che il creditore non può più intentare l'azione che da prima gli competeva, ma ha invece l'*actio rei judicatae*.

2) *Senza soddisfazione del creditore:*

A. Rinuncia.

§ 244. Tra le maniere di estinzione, per le quali il creditore non ottiene alcuna sodisfazione, vengono in preferenza indicate nelle fonti le convenzioni di rinuncia, per la validità delle quali è però necessario l'effettiva accettazione per parte del debitore (1). Esse possono essere di due specie :

1.° *Pacta de non petendo*, allorchè il creditore rinuncia semplicemente all'azione, senza rinunciar però al credito istesso. Se questa rinuncia è soltanto un *pactum in personam* ovvero *ad diem*, allora per verità produce solo un'eccezione dilatoria (2), e per questo qui non ne facciamo più oltre menzione; ma se è un *pactum in rem* ed in *perpetuum* nello stesso tempo, allora ne nasce un' eccezione perentoria generale, la quale fa discendere il credito alla condizione di *obligatio inefficax* (3), ed in alcune obbligazioni delittuali anche il credito *ipso*

(22) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. C. *de pact.* (2.3) L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 2. C. *de hered. vend.* (4. 39.)

(23) L. 29. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. D. *de tut: act.* (27. 3.) L. 35. D. *de usur.* (22. 1.) L. 11. pr. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 86. L. 87. D. *de R. J.* (50. 17) L. 8. C. *de pignor.* (8. 14.)

(24) L. 13. § 4. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 3. pr. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.) L. 1. C. *etiam ob. chirograph. pecun.* 8. 27.)

(1) L. 91. D. *de solut.* (46. 3.)

(2) L. 7. § 8. L. 17. § 3. 7. L. 18. L. 19. L. 20. L. 21. pr. L. 22. L. 23. L. 25. §. L. 27. § 1. L. 56. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. pr. § 1. D. *quib. mod. pign.* (4.46.)

(3) L. 7. § 8. L. 17. § 5. L. 21. § 5. L. 27. pr. L. 51. pr. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. pr. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.)

jure si estingue, non altrimenti che se il creditore avesse pienamente rinunciato al suo dritto (4).

2.° Le vere convenzioni di rinuncia, per le quali il creditore vuole effettivamente abbandonare lo stesso credito, sia in tutto, sia in parte. Qui la regola è l'estinzione *ipso jure*; nondimeno avviene una particolare limitazione pel principio: *omne eodem modo dissolvitur*, *quo colligatum est* (5), il cui senso è che il contratto, che toglie via l'obbligazione, dee corrispondere all'origine della medesima. Pertanto **1)** per l'estinzione di un contratto formale si richiede l'applicazione della medesima forma, la quale a questo scopo adoperata chiamasi *acceptilatio*, e siccome la forma più antica dei contratti era il *contractus per aes et libram*, così nel tempo antico eravi pure in corrispondenza una *acceptilatio per aes et libram* (6), la quale nondimeno poteva essere adoperata anche pei dritti nascenti da una sentenza, o da un *legatum damnationis* (7), ed in queste applicazioni si mantenne sino al tempo degl' Imperadori (8). Quando l'antico contratto per *aes et libram* fu ridotto al semplice *contractus verbis* mediante l' interrogazione e la risposta, si dovè per conseguenza anche per l'estinzione dell' obbligazione da esso risultante riguardar come sufficiente la forma dell' interrogazione e della risposta, facendo il debitore l' interrogazione al creditore, se egli avesse ricevuto l'oggetto del debito (*quod ego tibi promisi habesne acceptum?*), e costui rispondendo affermativamente (9). Nel dritto di Giustiniano s' incontra tuttora questa sola forma di accettilazione, e questa s' intende da per tutto sotto il nome di *acceptilatio*. Ma finchè *il contractus literis* fu in vigore eravi eziandio un *acceptilatio literis*, la quale consisteva in ciò, che il creditore nei suoi libri di

(4) L. 7. § 13. 14. L. 17. § 1. L. 27. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 53. § 26. D. *de furtis* (47. 2.)

(5) L. 80. D. *de solut.* (46. 3.) L. 35. D. *de R. J.* (50. 17.)

(6) Caj. III. 173. 174.; Liv. VI. 14.

(7) Caj. III. 173. 175.

(8) Manifestamente Cajo l. c. non riguarda l' *acceptilatio per aes et libram* come un antichità. Forse contribuì a mantenerla in uso la circostanza che, sebbene il *contractus per aes et libram* da lunga pezza non s' incontrasse più, nondimeno nella mancipazione di cose si facevano ancora bene spesso delle convenzioni obbligatorie, in ispezialità la *lex remancipationis vel manumissionis*, e queste tali convenzioni siccome fondate sul contratto *per aes et libram*, anche *per aes et libram* soltanto potevano essere estinte, il qual punto di vista trovavasi anche nel *legatum damnationis*.

(9) Caj. III. 169-172.; § 1. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 8. § 3. L. 14. L. 19. pr. D. *de acceptil.* (46. 4.)

conto portava per ricevuta la somma che gli era dovuta (10). L'accettilazione, che i Romani di frequente congiungevano anche col pagamento o con altra maniera di estinzione (11), può anche riguardare semplicemente una sola parte del debito (12), sebbene su di ciò da prima vi fosse controversia (13), ma in essa non si ammettono nè condizioni nè determinazioni di tempo (14) 2) Per contrario per la estinzione di un contratto non formale non solo è sufficiente una convenzione di rinuncia libera da formalità, ma anzi una formale accettilazione, secondo la predetta regola, sarebbe qui propriamente inapplicabile (15). Nondimeno essa ha l'effetto di un *pactum de non petendo* (16), perchè la convenzione di rinuncia vale per sè stessa come convenzione riconosciuta di già dal *jus gentium* (17). Per rispetto ai contratti bilaterali può aver luogo una doppia rinuncia. Amendue le parti possono rinunciare ai loro dritti, e quindi toglier via totalmente il contratto, il che dicesi *mutuus dissensus*, e presuppone che non sia stato già pienamente adempito dalle due parti (18); ma anche una sola delle parti può rinunciare al suo credito, col qual mezzo però cessa anche il credito dell'altra, quando non sia stato di già soddisfatto (19). 3) Pe' crediti che non son fondati sopra contratti, la convenzione di rinuncia non può corrispondere al modo come il credito si è formato, e però, in qualunque modo sia stata conchiusa, può valer soltanto come *pactum de non petendo*, ma non estinguere *ipso jure* il debito (20). Intanto qui si può anche provvedere in quest'altro modo, che da prima si faccia una novazione dell'obbligazione, e di

(10) *Acceptum ferre* contrapposto ad *expensum ferre* non indica sempre ciò, ma dinota in generale la ricevuta di una prestazione Confr. Cic. in Verr. II. 1. c. 36. 37.

(11) Presso Liv. VI. 14. ciò s'incontra anche per l'antica *acceptilatio per aes et libram*.

(12) L. 7. L. 9. L. 10. L. 13. § 1-3. L. 17. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(13) Caj. III. 172.

(14) L. 4. L. 5. D. *de acceptil.* (46. 4.). Nondimeno direttamente vi si oppone la L. 16. D. *de solut.* (46. 3.)

(15) Caj. III. 170.: L. 8. § 3. L. 13. § 7. L. 19. pr. D. *de accept.* (46. 4.) L. 35. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 80. D. *de solut.* (46. 3.) L. 27. § 2. D. *de pact.* (2. 14.). Non si oppone la L. 13. § 7. L. 23. D. *de acceptil.* (46. 4.)

(16) L. 8. pr. L. 19. pr, D. *eod.*

(17) L. 8. §4. D. *eod.*

(18) L. 7. § 6. L. 57. D. *de pact.* (2. 14.) L. 6. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. L. 2. C. *quando lic. ab empt. disced.* (4. 45.) § 4. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(19) L. 1. L. 5. pr. D. *de rescind. vend.* (18. 5.) L. 23. D. *de acceptil.* (46. 4.) Confr. § 240. Nota 4.

(20) Sopra un'eccezione veggasi la Nota 4.

poi si esegua l'accettilazione (21), al qual fine il Giureconsullo Aquilio Gallo compose una formola per poter novare nel tempo stesso più crediti e quindi rinunciarvi, la qual formola dal suo nome vien detta *stipulatio Aquiliana* (22). 4) Le semplici obbligazioni naturali si estinguono *ipso jure* per qualsivoglia convenzione di rinuncia, senza riguardo alla forma, e alla loro origine (23). In generale il rinunciare ad un credito è cosa rimessa all'arbitrio. Ma per risparmiare ad un morto, il più che sia possibile, il disonore che si faccia un concorso sopra la sua successione (24), fu prescritto, probabilmente la prima volta nell' editto del Pretore, che quando gli eredi di alcuno non vogliono accettare una eredità, se non si rilasci loro una quota di tutt' i debiti ereditarii, il magistrato dee a loro richiesta convocare i creditori, e quando la maggioranza di coloro che si son presentati (e qui la maggioranza non si computa secondo il numero delle persone, ma si determina secondo la quantità dei crediti) consente al rilascio, può con un decreto ridurre proporzionatamente i crediti di tutti (25). Solo i creditori con pegno non son tenuti a questo rilascio forzoso; ma per contrario i creditori privilegiati, secondo un Rescritto di Antonino Pio, sono anche tenuti di condiscendervi (26).

B. Altri casi.

§ 243. Oltre alle convenzioni di rinuncia appartengono ancora ai modi coi quali un debito si estingue senza soddisfare il creditore:

1.° L'avvenimento di circostanze tali, che più non può sussister l'obbligazione, e questo è il senso della regola: *obligationes extinguuntur si in eam causam inciderunt a qua incipere non possunt* (1), la quale

(21) Caj. III. 170.; § 1. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(22) § 2. J. *eod.* L. 18. D. *de acceptil.* (46. 4.) L. 4. L. 5. D. *de transact.* (2. 15.) L. 15. C. *eod.*

(23) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(24) L. 23. pr. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(25) L. 7. § 17-19. L. 8. L. 9. L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 58. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 54. § 1. D. *de manum. test.* (40. 4.). Non è abbastanza chiaro che cosa avea principalmente stabilito il Rescritto di Marco Aurelio, di cui si fa menzione nella L. 8. L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.); ma è verisimile che in esso fosse imposto a tutt' i creditori di obbedire alla citazione del Pretore.

(26) L. 10. pr. D. *de pact.* (2. 14.). Nella contraria L. 58. § 1. D. *mandati* (17. 1.) manifestamente Paolo non ha avvertito al Rescritto di Antonino.

(1) L. 98. pr. L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) Confr. con L. 11. D. *de judic.* (5. 1.) L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 11. D. *de servit.* (8. 1.) L. 15. § 1.

non dee assolutamente intendersi come se il sopravvenire di tutte le circostanze,le quali avrebber renduto invalida l'obbligazione, se fossero esistite nel tempo che la medesima si formò, dovesse aver per effetto anche l'estinzione dell'obbligazione (2). Il caso principale è quando la prestazione diviene assolutamente impossibile (3), purchè ciò non avvenga per colpa del debitore medesimo (4), e questi non si trovi in mora (5). Ma nelle obbligazioni alternative debbono esser divenute impossibili entrambe le prestazioni, giacchè se una soltanto è divenuta impossibile, o deve farsi la prestazione che è tuttora possibile, o dee darsi il valore di quella ch'è divenuta impossibile, su di che dee decidere colui al quale la scelta si appartiene (6).

2.° La decadenza in cui il creditore è incorso per effetto di atti di privata autorità, o anche di altri atti, ai quali va annessa la perdita del credito (7), al che si riferisce anche il caso che egli medesimo abbia fatto perdere al debitore ciò che era destinato per la sua soddisfazione (8), ed in certo senso anche il caso che il creditore in un'obbligazione alternativa abbia reso egli medesimo impossibile una delle prestazioni, ovvero siasi trovato in *mora accipiendi*, allorchè una di esse divenne impossibile, nel qual caso il debitore non è neppure tenuto a prestar l'altra, se per avventura non ottenga per quella un risarcimento dal creditore (9).

L.16.D. *ad leg.Aquil.*(9. 2.) L.3. § 2. D.*de his quae pro non script. hab.*(34. 8.)

(2) L. 31. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 85. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.). Purchè la predetta regola non si prenda in un senso più esteso di quello che realmente ha, scompariscono tutte le difficoltà e contradizioni, che per rapporto ad essa si è creduto di trovare, la qual cosa si può scusare per le parole della regola.

(3) § 2. J. *de inut. stip.* (3. 19.) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 5. pr. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 23. L. 91. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 185. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) V. § 220.

(5) V. § 222.

(6) L. 16. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 47. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 34. § 6. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. § 3. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.). Non si oppone la L. 10. § 3. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 95. pr. § 1. D. *de solut.* (46. 3.)

(7) V. § 56. § 69. Nota 21. 22. § 225. Nota 62. L. 1. L. 2. C. *ne liceat potent.* (2. 14.) L. 6. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.). Anche la subornazione del giudice da parte del creditore che moveva il giudizio era anticamente una cagione di perdita di questa fatta L. 1. C. *de poena judicis* (7. 49.), ma ciò fu abolito nella Nov. 124. c. 2.

(8) L. 6. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 39. D. *de don. int. V. et U.* (24.1.)

(9) L. 55. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 105. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 95. § 1. D. *de solut.* (46. 3.)

3.° La prescrizione dell' azione, la quale veramente produce solo un'eccezione perentoria (10), e per conseguenza non estingue *ipso jure* il debito (11), però non lascia neppur sussistere la *naturalis obligatio* (12), ma riduce il debito ad una mera *obligatio inefficax* (13).

4.° Il giuramento da parte del debitore, che egli non debba nulla (14), ed il rigetto del credito mediante un' ingiusta sentenza (15), nel che vale il medesimo, salvochè il credito rigettato continua tuttavia come *naturalis obligatio* (16).

5.° L'avveramento di condizioni risolutive (17), ma non già anche di termini finali, i quali per certo nelle obbligazioni, che han per oggetto una prestazione da farsi una sola volta, non possono incontrarsi, e nelle obbligazioni che durano per un certo spazio di tempo si debbono riguardar solamente come una limitazione e misura della prestazione (18).

6.° La disdetta unilaterale *renunciatio*, ma questa non ha sempre la natura di un atto pel quale uno si voglia ritrarre indietro, ma in certe obbligazioni apparisce solo come una determinazione unilaterale del *dies solutionis*. Per legge essa ha luogo solo per eccezione (19);

(10) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.) L. 3. L. 4. L. 8. § 4. L. 9. C. *de praescr. 30. ann.* (7. 39.) L. 1. § 2. C. *de annali exc.* (7. 40.)

(11) L. 19. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 18. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.). Non si oppongono le L. 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 37. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 38. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) V. sopra § 218. Nota 37.

(12) Non si oppongono le L. 29. § 6. D. *mandati* (17. 1.) L. 2 C. *de luit. pign.* (8. 31.) L. 7. C. *de praescr. 30. an.* (7. 39.). Di altra opinione è con parecchi altri il *Savigny* Sistema vol. V. p. 366. seg. Nella L. 19. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) un credito prescritto viene ragionevolmente presentato come non estinto, ma nondimeno viene assolutamente contrapposto alla *obligatio naturalis*.

(13) La ragione decisiva è che un eccezione perentoria solo per eccezione ed in tal caso anche solo limitatamente lascia sussistere la *obligatio naturalis* (§ 218.), e che una siffatta eccezione qui non si può abbastanza dimostrare. Confr. *Buchel* Spiegazione del dritto civile n. 1.

(14) § 4. J. *de except.* (4. 13.) L. 42. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. L. 28. pr. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.) L. 13. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) L. 56. D. *de re jud.* (42. 1.)

(15) § 5. J. *de except.* (4. 13.) L. 28. L. 60. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. D. *de pignor.* (20. 1.)

(16) L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 8. § 1. D. *rat. rem. hab* (46. 8.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.) V. sopra § 218. Nota 41.

(17) L. 4. § 3. L. 6. pr. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 4. pr. L. 5. D. *de lege commiss.* (18. 3.)

(18) V. sopra § 239.

(19) L. 5. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.)

ma può sempre pattuirsi, mediante un *pactum displicentiae*, che si abbia il dritto di farla (20); solo è a notare che quando non si è stabilito alcun tempo, secondo un editto degli Edili, dee esercitarsi fra sessantà giorni (21).

7.° La confusione, quando il credito ed il debito, concorrono in una sola persona (22), nel che nondimeno si può anche scorgere una specie di sodisfazione; giacchè la medesima persona, che quì perde un credito per ciò stesso è parimente liberata da un debito..

8.° L'estinzione dell'obbligazione principale, con cui per regola si estinguono anche le obbligazioni accessorie (23).

9.° La morte di una parte, in quanto l'obbligazione per rispetto al morto sia strettamente personale (24).

10.° L'estinzione per disposizione di legge. La storia Romana (la prima volta l'anno di R. 260.) può mostrare parecchi esempii di una remissione conceduta per privilegio speciale, di tutti o di una parte de'debiti notati ne'libri di conto, a dinotare il che eravi un espressione figurata, che cioè erànsi formate *novae tabulae* (sc. *accepti et expensi*) (25). Anche sotto Cesare si parlò di una rimessione di questa fatta, quantunque fosse evitata col mezzo di altri agevolamenti procurati a'debitori (26). Al tempo degli Imperadori per verità non fu riconosciuta una estinzione di debiti di tal fatta; per contrario si trovano bene dei casi di una riduzione legale di certi crediti, per la quale almeno una parte di essi si estingneva (27).

(20) L. 3. D. *eod.* (18. 1.) L. 3. D. *quib. mod pign.* (20. 6.) L. 2. § 5. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 4. C. *de aedil. act.* (4. 58.)

(21) L. 31. § 22. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(22) L. 71. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 75. L. 95. § 2. L. 107. D. *de solut.* (46. 3.) L. 7. C. *de pact.* (2. 3.) L. 5. C. *de hered. act.* (4. 16.)

(23) L. 7. § 1. D. *de transact.* (2. 15.) L. 43. D. *de solut.* (46. 3.) L. 68. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 178. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.). Un' eccezione si contiene nella L. 93. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(24) V. § 262. 263. 284.

(25) Cic. de Off. II. 23. ad Attic. V. 21.; Liv. XXXII. 38. Confr. con Dion. Hal. VI. 1. 22. 37. 83. VII. 30.

(26) Cic. de Off. II. 24.; Caesar. de bello civ. III. 1.; Sueton. in Caesare c. 42. Di simiglianti tendenze posteriori fan menzione *Vellej. Paterc.* II. 68.; Cic. ad Attic. V. 21.

(27) Così anche Giustiniano diminuì la misura degl' interessi non solo per l' avvenire, ma anche pei capitali di già impiegati L. 26. L. 27. C. *de usur.* (4. 32.)

CAPITOLO IV.

SUBBIETTO DELLE OBBLIGAZIONI.

I. Della capacità di obbligarsi.

§ 246. Il creditore ed il debitore vengono tutti e due indicati come i subietti delle obbligazioni. Generalmente la capacità di esser subbietto di un' obbligazione appartiene ad ognuno, così alle persone giuridiche come alle fisiche. Ma si presentano delle particolari restrizioni.

1.° *Pe' peregrini*, per rispetto ai quali anche qui fu applicato il principio che tutto ciò che solo al dritto Romano si appartiene, e che non è fondato nello stesso tempo sul *jus gentium*, non è ad essi applicabile. Secondo ciò essi eran certamente capaci delle *obligationes juris gentium* (1), anzi per lungo tempo furono esenti dalle disposizioni restrittive del dritto Romano, come sarebbe a dire, dalle leggi Romane sull'usura, finchè l'anno di R. 559, una *lex Sempronia* vi assoggettò anche costoro, almeno nel mutuo (2), ma le *obligationes juris civilis* non possono aver luogo per essi, purchè non si possa dimostrare una particolare estensione anche ad essi, ed una siffatta estensione trovasi con sicurezza solo 1) per riguardo a parecchie obbligazioni delittuali dei Romani, per le quali già l'editto del Pretore avea disposto che i peregrini, o che fossero attori o rei, dovessero per finzione ritenersi como Cittadini Romani (3); 2) del pari per riguardo alla stipulazione, la quale a cagione della sua semplicità fu tenuta come appartenente al *jus gentium* (4), ad eccezione della sola formola « *dari spondes? spondeo* », la quale valeva solo tra Romani (5), il che ci lascia congetturare che que-

(1) Caj. III. 132. 93.

(2) Liv. XXXV. 7. Livio qui ci da esattamente il contenuto della legge occasionata dall' usura di creditori stranieri, ed intesa a porre loro un freno « *Ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus Romanis esset* » e però era un ingiustizia quando di poi non si facevan valere anche a favore de' peregrini le leggi Romane sull' usura, ma senza alcuna misura si riscuotevano da loro gl' interessi, Cic. in Verr. II. 3. c. 70-72. ad Attic. V. 21. VI. 1. 2.; Ascon. ad Cic. pro C. Corn. in argum. Forse si appoggiavano a ciò che la *lex Sempronia* avea da prima riguardato solo i confederati Latini.

(3) Caj. IV. 37.

(4) Caj. III. 92. 93.

(5) Caj. III. 93.

sta fosse stata l'antica formola usata nel contratto per *aes et libram*; imperocchè è fuor d'ogni dubbio che questa antichissima forma di contratto, del pari che le altre applicazioni della mancipazione, richiedeva persone che avessero il *jus commercii*. Era controverso tra i Giureconsulti Romani se i peregrini fossero anche totalmente esclusi dal contratto letterale, giacchè i Sabiniani volevano che fosse valida contro di essi almeno la *transcriptio a re in personam* (6), sul qual proposito sarebbe difficile a dichiarare come una tale opinione abbia potuto venir fuori, mentre il contratto letterale si poggiava sopra l'uso tutto proprio de'Romani dei loro libri di conto. Verisimilmente quì nella comunanza del vivere fu sacrificato il principio alla comodità, e così pure la menzionata *lex Sempronia* dovè aver origine appunto da ciò, che per eludere le leggi Romane sull'usura, si solevano interporre de'creditori peregrini mediante una simulata *transcriptio a persona in personam* (7); or i Sabiniani colla loro solita arrendevolezza si accomodarono a quest'uso, ma i Proculiani stettero fermi al principio.

2.° *Pe'figliuoli sotto la patria potestà;* ove è da farsi una distinzione essenziale tra debiti e crediti. 1) Veramente per regola (8) i figli di famiglia possono esser debitori allo stesso modo che le persone indipendenti (9), ed essi possono anche esser convenuti e condannati pei loro debiti (10). Nondimeno il creditore per essere da essi soddisfatto (11) deve aspettare fino a che abbiano acquistato un patrimonio (12); se essi muojono senza patrimonio, il debito si estingue, purchè non vi sieno altri che per qualche speciale ragione ne siano risponsabili (13); e se son divenuti *sui juris* senza avere ereditato dal padre, per una disposizione dell'editto Pretorio godono del beneficio della competenza (14). 2).

(6) Caj. III. 133.

(7) Livio l. c.

(8) Sopra un'eccezione veggasi il § 253.

(9) L. 39. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 141. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 8. § 4. *de acceptil.* (46. 4.) L. 5. § 10. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 3. § 4. D. *commod.* (13. 6.)

(10) L. 57. D. *de judic.* (5. 1.) L. 3. § 4. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. pr. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 44. L. 45. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 39. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 10. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(11) Questo non giova ad altri che sono anche obbligati pel debito.

(12) L. 10. § 2. D. cit. L. 5. pr. D. *quod cum eo.* (14. 5.)

(13) L. 57. D. *de judic.* (5. 1.) L. 18. D. *ad Sct. Maced.* (46.6.) L. 11. D. *de fidejussor.* (16. 1.)

(14) L. 2. L. 5. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 10. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. C. *quod cum eo* (4. 26.). Ciò non riguarda i debiti che gravano il *peculium castrense* 2. L. 7. D. *de castr. pec.* (49. 17.)

Per contrario i figli di famiglia anticamente non poteano divenir creditori; imperocchè i crediti da essi acquistati, egualmente che ogni altro acquisto, ricadevano sempre al padre (15). Le prime deviazioni da questo principio consistettero semplicemente in ciò, che per alcuni crediti acquistati dai figli di famiglia fu loro permesso anche di agire (16), e che in un pajo di casi si lasciò in sospeso il credito fino a che i figli fosser divenuti *sui juris* (17). Ma da che furono introdotti il *peculium castrense* e *quasi castrense* i figliuoli sotto la patria potestà poterono aver per lo meno dei crediti relativi a tal peculio (18). E di poi che Giustiniano ebbe stabilito la regola, che ogni acquisto dovesse rimanere al figliuoli, e che il padre tutto al più ne dovesse ritener l'usufrutto (19), questa regola valse eziandio pe' crediti (20); e però i figli di famiglia solo allora continuarono a non pòter divenire essi medesimi creditori, quando o avean voluto acquistare non per sè ma pel padre (21), o il credito erasi acquistato per mezzo di cose che formavan parte del *peculium profectitium* (22).

3.° *Per gli schiavi*, i quali anche secondo il dritto Romano novissimo solo pel padrone, e per eccezione, per altre persone, ma giammai per sè stessi possono acquistare dei dritti esigibili per via di azione (23), e però sono incapaci di divenir creditori in tutta l'estensione del significato (24). Forma nondimeno una eccezione la promessa ed il legato della libertà, il fondamento della qual'eccezione trovasi già nel-

(15) D. § 53. Nota 2. Confr: L. 45. pr. § 4. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.)

(16) L. 9. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 18. § 1. D. *de judic.* (5.1.) L. 19. D. *depos.* (16. 3.) L. 13. § 1. L. 19. D. *quod vi aut clam* (43. 24.) L. 5. § 6. L. 11. § 8. L. 17. § 10. D. *de injur.* (47. 10.)

(17) L. 46. D. *de hered. inst.* (28. 5.); Caj. III. 114.

(18) L. 2. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 10. § 2. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 4. § 1. L. 15. § 1. 4. 3. D. *de castr. pecul.* (49. 17.)

(19) V. § 94. Nota 30.

(20) Pr. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.)

(21) In ciò si vede una variazione dal principio : *obligatio tertio non adquiritur* (§ 250.), ma questo residuale effetto dell' antico dritto deve per certo senza controversia essere ammesso.

(22) § 1. J. *per quas pers. nob. adquir.* (2.9.)

(23) Caj. III. 163-167.; § 1-3. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3.28.) Tit. *de stipulat. servor.* (45. 3.)

(24) L. 41. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 22. pr. L. 107. D. *de R. J.* (50. 17.) § 6. J. *de inut. stip.* (3. 19.). Non è una vera eccezione quando il credito appartiene al *peculium*, sebbene lo schiavo in un certo senso sia trattato come il creditore L. 53. § 26. D. *de furtis* (47. 2.)

le leggi delle dodici tavole (25), quantunque i Rescritti e Senato-Consulti del tempo imperiale fossero i primi ad elevare il dritto degli schiavi alla libertà ad un vero credito capace di farsi valere per via di azione (26), e nasce eziandio un'obbligazione naturale quando è ad essi altramente promessa qualche cosa a proprio loro vantaggio (27). Per quel che riguarda i debiti dicesi del pari che gli schiavi fossero al tutto incapaci di aver debiti (28). Ma questa non è che la regola antica; imperocchè secondo la teorica più recente sopra le *obligationes juris gentium*, gli schiavi per mezzo di convenzioni si obbligano, se non civilmente, almeno naturalmente (29); anzi a cagione di delitti si obbligano civilmente, nel senso che, quando son divenuti liberi, si può per questa cagione promuovere un'azione contro di loro (30), solo è a notare che ciò non può avvenire da parte del loro precedente padrone (31). S'intende di per sè che questi principii valgono eziandio per gli *homines in mancipio;* mentre al contrario *le uxores in manu* anticamente doveano esser trattate come i *filii familias* (32). Si dee anche quì far menzione della regola, che tra persone, delle quali una è in potestà dell'altra, o le quali si trovano insieme sotto la potestà di un terzo, non vi può esser luogo ad alcuna civile obbligazione. Tutto ciò che in altro caso genera un'obbligazione ha certamente questo effetto anche fra quelle persone, ma questa è sempre una semplice obbligazione naturale, sulla quale non si può fondare un'azione (33). Per conse-

(25) Ulp. II. 4.

(26) V. sopra § 124.

(27) L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(28) V. i luoghi citati nella Nota 24.

(29) L. 14. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 21. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 50. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) Confr. con L. 1. 2. 3. 5. C. *an serv. pro suo facto post manum.* (4.14.)

(30) L. 14. D. cit. L. 6. L. 14. § 1. L. 15. L. 42. pr. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 7. pr. D. *de dolo* (4. 3.) L. 1. § 18. D. *depos.* (16. 3.) L. 15. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 4. C. *an. serv. pro suo facto* (4. 14.)

(31) L. 6. C. *eod.*; Caj. IV. 78.

(32) Caj. III. 114. Da ciò che dice Cajo I. 141. pare che segua che gli *homines in mancipio* potevano essi medesimi promuovere l'*actio injuriarium* non altrimente che i *filii familias* (Nota 16.). Ma siccome quì si parla propriamente dell'*actio injuriarum* contro il loro padrone, e tra coloro che eran legati per la *potestas* non avea luogo alcun'azione (Nota 33), così può bene essersi inteso soltanto che il padre di un uomo *in mancipio* avesse pure il dritto all'*actio injuriarum* anche contro il padrone. Confr. § 184. Nota 39.

(33) § 6. J. *de inut. stip.* (3. 19.) Caj. III. 104. IV. 78.; L. 4. D. *de judic.* (5. 1.) L. 38. pr. § 1. 2. D. *de cond. ind.* (12.6.) L. 16. L. 17. D. *de furtis* (47. 2.) L. 1. § 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (46.1.) L. 11. § 8. D.

guenza allorchè il creditore acquista la potestà sopra il debitore, o al contrario il debitore sopra il creditore, le obbligazioni precedentemente formate perdono la qualità di obbligazioni civili (34), anche per riguardo a coloro che per legge sono risponsabili pel debito (35), e non la ricuperano neppure per l'estinzione della potestà (36). Intanto anche questa regola venne modificata per la concessione di un patrimonio proprio dei figliuoli sotto la patria potestà, mentre i contratti di questi figliuoli o tra loro, o col loro padre sopra oggetti di questo patrimonio generano obbligazioni perfettamente civili (37).

II. Delle obbligazioni solidali (*).

§. 247. Possono incontrarsi più creditori o debitori congiunti insieme tanto da principio quanto posteriormente, principalmente per effetto di successione, ed allora è possibile un doppio rapporto, cioè o quello della divisione, o quello della indivisa obbligazione di tutti. Nel primo caso l'obbligazione propriamente si scompartisce in altrettante piccole obbligazioni, quante sono le persone, cosicchè di più creditori ciascuno ottiene una determinata parte del credito, sulla quale egli solo ed indipendentemente dagli altri può disporre, e di più debitori ciascuno non è tenuto che per una determinata parte del debito, senza che punto lo riguardino le parti dei rimanenti. Nell'ultimo caso per contrario ciascuna delle parti ha la facoltà di richiedere tutto l'oggetto dell'obbligazione, o viceversa è tenuta di prestare interamente l'oggetto, e però qui l'obbligazione viene annoverata tra le *obligationes in solidum* (1), e dai moderni in preferenza si addimanda obbligazione soli-

de inst. act. (14. 3.) L. 18. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 14. § 3. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 27. § 4. 7. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 6. C. *an. serv. pro suo facto* (4. 14.) L. 12. C. *quod cum eo.* (4. 26.)

(34) L. 11. D. *de judic.* (5. 1.); Caj. IV. 78.; L. 2. § 4. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.)

(35) L. 37. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 18. D. *de furt.* (47. 2.)

(36) L. 37. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 2. § 4. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 27. § 5. D. *de pecul.* (15. 1.). Intanto i Proculiani aveano diversa opinione Caj. IV. 78.; L. 18. D. *de furt.* (47. 2.)

(37) L. 4. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 15. § 1-3. *de castr. pecul.* (49. 17.)

(*) *J. Ronchegalli* tract. de duob. reis constit. Lugd. 1559. 8.; *Ribbentropp* della dottrina delle obbligazioni correali. *Gottingen* 1831. 8.; *Appelius* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XVI. n. 12.

(1) § 1. J. *de duob. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 3. § 1. L. 11. § 1. 2. D. *eod.* (45. 2.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (8. 40.) Confr. sopra § 217. n. I. 4.

dale. Per rispetto al modo come un così fatto rapporto può avere origine, vale la regola già stabilita nelle dodici Tavole, che le obbligazioni dirette ad una quantità di cose fungibili e per conseguenza perfettamente divisibili, allorchè vi sono più creditori o debitori, si dividono *ipso jure* (2); ma in tutte le altre obbligazioni in una somigliante circostanza ha luogo una *obligatio in solidum* (3). Nondimeno questa regola patisce delle eccezioni:

1. *Per la volontà privata*, ed allorchè questa è la cagione di un'*obligatio in solidum*, le parti si addimandano *correi credendi vel debendi*, ovvero nelle stipulazioni, *correi stipulandi vel promittendi* (4), e da ciò si è dedotta l'espressione attualmente in uso di obbligazione correale con la distinzione di obbligazioni correali attive e passive (5). Ma in tre guise può per la volontà delle parti generarsi un'*obligatio in solidum*: 1) Per riguardo ad una obbligazione divisibile di più persone può convenirsi espressamente che debbasi indivisamente riferire a tutte o attivamente o passivamente, o anche attivamente e passivamente nel tempo stesso (6). Ciò non impedisce che vi sieno alcune diversità secondarie nella posizione delle singole persone (7), purchè solo chiaramente apparisca l'intenzione delle parti di essere *correi* (8), la qual cosa però, secondo la decisione di Giustiniano, non si dee presumere, allorchè più persone, le quali han contratto insieme un debito divisibile, si obbligano, senza una più precisa dichiarazione, di volere esser tenute tutte insieme per l'intero oggetto, giacchè in questo

(2) L. 6. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 1. C. *si un. ex plur. hered.* (8.32.) L. 25. § 13. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6 § 1-3. L. 11. § 1-5. D. *de aqua et aqua pluv.* (39. 3.) L. 2. § 1. L. 72. pr. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. § 1. 2. *de duob. reis.* (45. 2.) Nov. 99. c. 1.

(3) L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 25. § 10. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. § 3. L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 43. 44. D *depos.* (16. 3.) L. 3. § 9. L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 31. § 10. D. *de aedil. Edicto* (21. 1.) L. 2. L. 72. pr. L. 85. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. L. 9. pr. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 192 pr. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) *Ribbentropp* l. c. è stato il primo a fare attenzione a questo modo di dire, ed alle conseguenze che da ciò dipendono, mentre prima si prendevano come correlative le espressioni *correi* ed *obligatio in solidum*.

(5) È da censurarsi ciò che alcuni han preso a fare nominando obbligazione correale ogni rapporto di un'obbligazione a più persone, anche quando ha luogo una divisione, la qual cosa dà occasione a false intelligenze.

(6) Pr. J. *de duob. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 4. L. 11. § 1. 2. D. *eod.* (45. 2.) L. 1. § 44. D. *depos.* (16. 3.)

(7) L. 6. § 1. L. 7. L. 9. § 2. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(8) L. 6. pr. § 2. 3. L. 8. L. 9. § 1. D. *eod.*

non si contiene necessariamente se non una fidejussione reciproca, e però ciascuna in particolare non è immediatamente risponsabile che per una porzione virile, ma per le parti delle altre rimanenti non è tenuta che in sussidio (9). 2) Un testatore con una disposizione testamentaria può obbligare solidalmente o i suoi eredi per un debito divisibile che loro si trasmette, o più gravati per un legato divisibile (10). 3) Finalmente o che la obbligazione sia divisibile o no, si possono al proprio creditore o debitore aggiungere per convenzione delle altre persone, allorchè o altri si obbligano solidalmente insieme col debitore (11), o il debitore a piacere del proprio creditore promette di riconoscere anche come suo creditore un altro, il quale allora chiamasi *adstipulator*, e per una specie di anomalia, se è un *filius familias* non acquista il credito al suo padre (12); a questo caso si riferiva il secondo capitolo della *Lex aquilia* trasandato da Giustiniano (13), il qual capitolo dava all'originario creditore un'azione pel risarcimento del danno, allorchè l'*adstipulator* dolosamente avea fatto remissione del debito (14).

2.° *Immediatamente per disposizione di legge*. In alcuni casi per diverse ragioni è disposto che, non ostante la divisibilità, debba aver luogo una *obligatio in solidum*, segnatamente allorchè più persone hanno in comune commesso un delitto, o quando le condizioni di una *obligatio quasi ex maleficio* si verificano per rispetto a più persone; nel qual caso il risarcimento per verità non dee prestarsi più volte, come una pena privata, che ciascuno deve pagare per sè (15), ma la persona danneggiata può a suo talento rivolgersi per l'indennità contro ciascuno dei complici (16). La più parte delle disposizioni di questa

(9) Nov 99. c. 1. Il *prooemium* di questa Novella la dichiara espressamente per un semplice supplemento alla Novella 4., in cui fu introdotto il *beneficium excussionis dei fidejussori* (§ 269). Confr. Nota 35.

(10) L. 8. § 1. D. *de legat*. I. (30.) L. 25. pr. D. *de legat*. III. (32.) L. 9. pr. D. *de duob. reis*. (45. 2.)

(11) L. 3. pr. D. *eod*. Questa era prima della Nov. 4. c. 1. la regolare significazione di ogni malleveria; V § 269.

(12) Caj. III. 110-114. 117.

(13) V. la mia St. § 54. n. IV.

(14) Caj. III. 215. 216. Confr. § 287. Nota 44. e 45.

(15) L. 7. § 5. L. 8. D. *de jurisd*. (2. 1.) L. 55. § 1. D. *de admin. tut*. (26. 7.) L. 1. § 9. D. *si is qui test. lib*. (47. 4.) L. 34. D. *de injur*. (47. 10.) L. 1. C. *de cond. furt*. (4. 8.)

(16) L. 14. § 15. L. 15. L. 16. pr. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 1. § 10. L. 2-4. D. *de his qui effud*. (9. 3.) L. 51. § 2. D. *ad leg. Aquil*. (9. 2.) L. 21 § 9. D. *de furt*. (47. 2.) L. 1. C. *de cond. furt*. (4. 8.) L. 1. C. *de peric. tut*. (5. 38.) L. 1. § 14. D. *de tut. act*. (27. 3.)

specie produce soltanto un debito solidale(17), ma ce ne ha pure alcune, nelle quali è introdotta la solidarietà anche dei crediti (18). Siccome nelle obbligazioni solidali non vi è pluralità di obbligazioni, ma soltanto una sola e medesima obbligazione indivisamente si riferisce a più, così ne segue che la soddisfazione di uno dei creditori solidali estingue il credito di tutti, e la sodisfazione da parte di uno dei condebitori libera tutti (19). Questo però non vale semplicemente per la prestazione dell'oggetto dell'obbligazione, ma piuttosto è da ritenere per principio che ogni maniera di estinzione produce effetto per tutti (20), quando essa non abbia semplicemente un rapporto strettamente personale ad una delle parti (21). Anzi secondo il dritto antico nelle obbligazioni correali propriamente dette la contestazione della lite produceva già per se stessa questo effetto; imperocchè dal momento che un *correus credendi* avea promossa l'azione, gli altri erano esclusi (22), e quando un *correus debendi* era stato convenuto, gli altri non poteano esser più molestati (23). Nelle altre obbligazioni solidali questo non avveniva mai (24), e Giustiniano lo abolì anche per le obbligazioni correali (25), ma dispose al contrario che la prescrizione dell'azione dovesse qui sempre reputarsi interrotta per tutti i *correi*, subito chè per rapporto ad uno di essi fosse avvenuta una causa d'inter-

(17) L. 25. § 12. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 55. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 2. C. *de div. tut.* (5. 52.) L. 1. § 25. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 13. § 1. L. 14. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 5. § 1. D. *quod jussu* (15. 4.) L. 60. § 2. D. *mand.* (17. 1.) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 13. C. *eod.* (4. 65.) L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. pr. L. 8. D. *de noxal. act.* (9. 4.)

(18) L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. § 6. L. 3. L. 4. D. *de V. O.* (45. 1.). Gli *argentarii socii* sono generalmente *correi*; Cic. ad Herenn. II. 13. L. 9. pr. L. 25. pr. L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 13.)

(19) § 1. J. *de duob. reis.* (3. 16.) L. 2. L. 3. § 1. D. *eod.* (45. 2.). Non si oppone la L. 18. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(20) L. 13. § 7. 12. L. 16. pr. D. *de accept.* (46. 4.) L. 31. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 27. L. 28. pr. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.); Caj. III. 215.

(21) L. 19. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 3. § 3. D. *de lib. leg.* (34. 3.). Qui si riferisce ancora il caso in cui per la eredità succede la confusione tra il creditore ed un *correus debendi* L. 71. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(22) L. 16. D. *de duob. reis* (45. 2.)

(23) L. 2. D. *eod.* L. 116. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 31. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 1. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.)

(24) L. 1. § 10. L. 2-4. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 5. pr. D. *de noxal. act.* (9. 4.) L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 43. D. *depos.* (16. 3.) L. 18. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(25) L. 28. C. *de fidejuss.* (8. 41.)

ruzione (26). Sta nella natura stessa della cosa che un *pactum de non petendo in personam* conchiuso da una delle parti regolarmente non debba giovare nè nuocere alle altre (27). Ma perfino un *pactum de non petendo in rem* consentito da uno dei creditori non si può opporre mai agli altri (28), e convenuto da uno dei condebitori non giova agli altri, se non in quanto quegli abbia interesse alla loro liberazione, il che avviene sempre nelle società (29). Le conseguenze della mora colpiscono anche solamente il moroso (30). Per contrario per le altre violazioni del rapporto di obbligazione i *correi debendi* propriamente detti debbono essere tutti quanti responsabili (31), mentre per gli altri debitori solidali una siffatta reciproca responsabilità non si può, almeno in generale, sostenere (32). La risoluzione poi della quistione se un creditore solidale che ha ricevuto il pagamento debba farne partecipi gli altri, o il debitore solidale che ha pagato possa richiedere il risarcimento dagli altri, dipende dal rapporto in cui si trovano fra loro; ma dalla solidalità in sè stessa non si può nulla dedurre intorno a ciò (33). Nondimeno un debitore solidale che ha pagato l'intero, per regola, sebbene non sempre, ha il diritto di richiedere in cambio la cessione del credito, per assicurarsi il regresso contro i suoi condebitori (34), ed in un pajo di casi un debitore solidale, finchè i suoi condebitori son solvibili, può anche obbligare il creditore a dividere il suo credito (35), presupposto però che egli

(26) L. 5. C. *de duob. reis.* (8. 40.)

(27) L. 22. L. 23. L. 25. § 1. 2. L. 26. D. *de pact.* (2. 14.) L. 71. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 93. pr. D. *de solut.* (46. 3.). Una eccezione si contiene nella L. 32. D. *de pact.* (2. 14.)

(28) L. 27. pr. D. *eod.* Non si oppone la L. 34. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(29) L. 21. § 5. L. 24. L. 25. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. § 3. D. *de lib. leg.* (34. 3.) L. 9. § 1. D. *de duob. reis.* (45. 2.). Per rispetto agli *argentarii socii* dice Cic. ad Herenn. II. 13. che si usava il contrario.

(30) L. 32. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 173. § 2. D. *de R. J.* (50. 17.)

(31) L. 18. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 2. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.).

(32) Nella L. 5. § 15. D. *commod.* (13. 6.) si afferma il medesimo pel commodato, ma nella L. 1. § 43. D. *depos.* (16. 3.) si nega pel *depositum*, il che dipende da ciò che qui non ha luogo alcun'obbligo per la custodia. In quanto ai contutori si fanno delle distinzioni. Veggasi il § 147. e 149.

(33) Caj. III. 122.: L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 62. pr. D. *ad leg. falcid.* (35. 2.) L. 2. § 5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 39. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 11. C. *eod.* (8. 41.) L. 2. C. *de duob. reis.* (8. 40.)

(34) L. 47. D. *locati* (19. 2.) L. 13. C. *eod.* (4. 65.) L. 5. pr. D. *de censib.* (50. 5.) L. 6. C. *arbit. tut.* (5. 51.) L. 2. C. *de divid. tut.* (5. 52.) L. 4. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(35) Caj. III. 121. 123. Paul. S. R. I. 20.; § 4. J. *de fidejussor.* (3. 20.) L. 26. L. 28. D. *eod.* (46. 1.) L. 1. § 11. 12. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 7. L. 8. D. *de*

non siasi reso colpevole di alcun dolo verso il creditore (36). Allora naturalmente la divisione è senza pregiudizio pel creditore, dove al contrario il creditore che spontaneamente divide un'obbligazione correale propriamente detta, il che è sempre in sua facoltà (37), perde per questo modo il dritto di richiedere l'intero da ciascuno (38). E'anche una particolarità propria dell'obbligazione correale propriamente detta che un *correus debendi* possa opporre in compensazione i crediti di un condebitore, il quale stia in società con lui (39).

III. Del passaggio delle obbligazioni in altri (*).

§ 248. Sebbene le obbligazioni in generale sieno de'rapporti giuridici di determinate persone, pure ciò non esclude che le medesime possano passare in altri, solo per questo rispetto si dee far distinzione fra la successione universale e la singolare.

1.° Nella successione universale è regola che ogni volta che una tale successione ha luogo nel patrimonio di alcuno, i suoi crediti e debiti passano a'suoi successori. Le dodici Tavole aveano espressamente riconosciuto il passaggio delle obbligazioni negli eredi (1), ed appunto in questa applicazione aveano pronunciata la divisione delle obbligazioni divisibili (2). E la successione 1) nelle *obligationes ex contractu e quasi ex contractu* non patisce alcuna eccezione, salvo allorchè la natura strettamente personale dell'obbligazione ne renda impossibile il passaggio negli eredi (3), il che molti Giureconsulti volevano ammettere per tutte le obbligazioni, il cui oggetto fosse un fatto in senso stretto, ma questa opinione fu rigettata da Giustiniano (4); per contrario 2) in riguar-

magistr. conv. (27. 8.) L. 47. D. *locati* (19. 2.). Ciò non è elevato a regola generale dalla Nov. 99. c. 1. V. il mio articolo nell'Arch. per la prat. civ. vol. XIX, n. 3.

(36) L. 10. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 7. D. *de magistr. conv.* (27. 8.)

(37) L. 3. § 1. D. *de duob. reis.* (45. 2.) L. 8. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(38) L. 51. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 16. C. *eod.* (8. 41.) L. 18. C. *de pact.* (2. 3.)

(39) L. 10. D. *de duob. reis.* (45. 2.)

(*) *C. F. Koch* la dottrina dei passaggio dei dritti di obbligazione mediante successione universale e singolare. *Berslau* 1837. 8.

(1) L. 7. C. *de hered. act.* (4. 16.)

(2) L. 25. § 13. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. C. *si un. ex. plur. her.* (8. 32.)

(3) L. 16. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 2. L. 3. L. 9. D. *quando dies* (36. 2.) Ulp. VI. 7. L. 31. § 2. 3. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(4) L. 13. C. *de contr. et comm. stipul.* (8. 38.)

do alle *obligationes ex maleficio e quasi ex maleficio* ben s'incontra la restrizione, che le azioni penali in generale solo dopo la contestazione della lite possono trasmettersi agli eredi, e che le azioni nascenti da delitto e dirette ad ottenere un risarcimento non passano contro gli eredi, se non in quanto questi ne siano arricchiti (5). La circostanza che i debiti superino l'ammontare dell'eredità per sè stessa non impedisce la loro trasmissione negli eredi (6). Ma i medesimi principii sono ora applicati anche alle altre successioni universali (7), quantunque con alcune modificazioni, le quali non son le stesse per tutti gli acquisti universali (8).

2.° Rispetto alla successione singolare troviamo applicata una regola opposta, che i crediti ed i debiti non possono separatamente nè trasmettersi nè di per se stessi passare in altri (9). Nondimeno questa regola non vale per quelle obbligazioni, le quali come dritti o obbligazioni mediate sono annesse alle cose e per questo le seguono (10). Oltre a ciò può avvenire una trasmissione indiretta per tre modi; 1) Pei soli crediti, mediante cessione dell'azione (11), e questa è appunto la più ordinaria applicazione della cessione, e non richiede neppure il consenso del debitore (12), ma per altro non gli nuoce, perchè egli può trattare il cessionario assolutamente come procuratore dell'originario creditore, e perchè la cessione può riguardare solo i puri crediti e non già un intero rapporto di obbligazione, in cui col credito è congiunta un'obbligazione (13). 2) Tanto pei crediti quanto pei debiti, mediante novazione, allorchè o il debitore si obbliga verso un altro, pel fine che il creditore attuale lo liberi (14), o viceversa un altro si obbliga verso il

(5) V. § 70. Nota 8. 11. e 12.

(6) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de B. P.* (37. 1.) L. 10. L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(7) L. 128. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 19. § 3. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 4. § 6. L. 5. L. 6. D. *de al. jud. mut. causa* (4. 7.)

(8) I particolari intorno a ciò si riserbano alla spiegazione dei singoli acquisti universali. Confr. Caj. III. 81. IV. 35. e II. 34-37. III. 85-87. IV. 145.; Ulp. XIX. 11-15.

(9) Caj. II. 38.; L. 25. § 2. L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 24. § 1. L. 25. § 1. L. 32. L. 53. D. *locati* (19. 2.) L. 120. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. C. *de locat.* (4. 65.)

(10) V. § 3. Nota 5. e § 216. Nota 4.

(11) V. § 69.

(12) L. 3. C. *de hered. vend.* (4. 39.) L. 1. C. *de novat.* (8. 42.)

(13) V. § 69. Nota 6. 7.

(14) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 24. § 1. L. 25. § 1. D. *locati* (19. 2.)

creditore (15), pel fine che questi rinuncii al suo credito contro l'attuale debitore, (16) nel che veramente non vi ha un vero passaggio dell'antica obbligazione ma sibbene la sostituzione di una nuova (17); nondimeno con questo mezzo in sostanza si ottiene il medesimo effetto, ed in pari tempo s'impedisce che la trasmissione avvenga senza il consentimento di colui che ne potrebbe patir danno, cioè nel primo caso, del debitore (18), nel secondo, del creditore (19). 3) Da ultimo pei soli debiti, mediante la contestazione di lite, allorchè alcuno assume la lite pel debitore,col qual mezzo egli si addossa il debito, ma anche a ciò si richiede il consenso del creditore, perchè questi non è tenuto di far lite con un altro (20).

IV. Dell'influenza della *capitis diminutio* (*).

§ 249. Tutte le specie della *capitis diminutio* di un creditore o debitore regolarmente fanno perdere alle obbligazioni la forza civile così a favore come contro il *capite diminutus* (1), e le medesime rispetto a lui non sussistono tuttavia che come semplici obbligazioni naturali (2). Da questa regola si fa eccezione: 1) Per le obbligazioni nascenti da delitto, allorchè il debitore patisce una *capitis diminutio* (3); 2) Per le *obligationes quae naturalem habent praestationem, nel caso* della *capitis diminutio* del creditore (4); 3) Per la società, in quanto per la tacita conti-

(15) L. 1. L. 3. L. 6. C. *de novat.* (8. 42.) L. 8. § 5. L. 12. L. 13. L. 19. L. 22. L. 33. D. *eod.* (46. 2.) L 8. § 5. D. *ad Sct. Vell.* (16. 1.)

(16) Caj. II. 38. III. 176.; § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) V. appresso § 270. n. II.

(17) Caj. II. 38.

(18) L. 1. L. 6. C. *de novat.* (8. 42.)

(19) Qui la novazione senza il concorso del creditore è impossibile.

(20) V. § 243. Nota 22.

(*) Il mio trattato della restituzione nello stato primiero § 17.

(1) Caj. III. 84. 114. IV. 38. 80.; L. 2. pr. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 24. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 30. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 19. D. *de duob. reis* (45. 2.) L. 47. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 58. § 1. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. L. 3. D. *de sent. pass.* (48. 23.) L. 3. C. *eod.* (9. 51.) L. 1. C. *de fidejuss.* (8. 41.) L. 16. pr. C. *de usufr.* (3. 33.)

(2) L. 2. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.)

(3) L. 2. § 3. L. 7. § 1. D. *eod.* Paul. S. R. II. 31. § 1. Confr. con Caj. IV. 77.: L. 4. § 2. D. *quod cum eo* (14. 5.) L. 17. § 22. D. *de injur.* (47. 10.). Qui, come sempre, alle obbligazioni delittuali debbonsi equiparare le *obligationes quasi ex maleficio*.

(4) L. 8-10. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 2. D. *de op. serv.* (7. 7.) L. 2. D. *de usu.*

nuazione si consente dalle parti che duri tuttavia (5); 4) Pel mandato, sotto la stessa presupposizione (6); e 5) Quando alcuno non ostante una *capitis diminutio media*, ha conservato il suo patrimonio (7). Ma anche prescindendo da queste eccezioni, le obbligazioni non perdono sempre la loro efficacia civile in generale. Imperocchè a) la *capitis diminutio* di un *correus* non altera certamente la relazione degli altri (8). b) La *capitis diminutio maxima* sempre, e la *media*, almeno quando si presenta come pena, porta con se una successione universale. Per lo più il patrimonio vien confiscato; nondimeno in alcuni casi passa anche a persone private (9), e colui che succede non solo acquista i crediti (10), ma deve ancora addossarsi i debiti (11); e da ciò segue eziandio che, allorchè il *capite diminutus* ricupera per grazia il suo patrimonio, anche le obbligazioni per rapporto a lui ricuperano parimente la loro forza civile (12). Altramente stava la cosa secondo il dritto antico per la *capitis diminutio minima*. La più parte dei casi della medesima non han mai avuto per effetto una successione universale, e se nei tempi più antichi una successione di tal fatta avea luogo per l'arrogazione e per la *in manum conventio* di una donna indipendente, nondimeno i soli crediti si trasmettevano (13), presupposto però anche che essi non fossero strettamente personali (14), al contrario i debiti non passavano punto (15). Ma anche qui l'influenza della *capitis diminutio* fu molto temperata in favore del creditore del *capite minutus*. 1) In prima l'Editto promise ai credi-

et usufr. leg: (33. 2.) L. 11. D. *de alim. leg*. 34. 1. L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script. hab*. (34. 8.) L. 16. D. *de interd. et releg*. (48. 22.)

(5) Caj. III. 153.; L. 4. § 1. L. 58. § 2. L. 65. § 11. D. *pro socio* (17. 2.)

(6) L. 61. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con Caj. III. 114.

(7) L. 14. § 3. D. *de interd. et releg*. (48. 22.) L. 21. D. *de V. S*. (50. 16.). Qui non si applicano le limitazioni delle obbligazioni dei *peregrini*.

(8) L. 19. D. *de duob. reis*. (45. 2.)

(9) V. sopra § 121.

(10) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed*. (21. 1.) L. 10. § 1. D. *de bon. damn*. (48. 20) L. 5. C. *de sent. pass*. (9. 51.)

(11) L. 2. pr. L. 7. § 2. 3. D. *de cap. min*. (4. 5.) L. 10. pr. D. *de bon. damn*. (48. 20.) L. 1. § 1. L. 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) § 5. J. *de nox. act*. (4. 8.) Caj. V. 77.

(12) L. 2. L. 3. D. *de sent. pass*. (48. 23.) L. 3. 4. 5. 12. C. *eod*. (9. 51.)

(13) Caj. III. 82-84.; § 1. J. *de adq. per arrog*. (3. 10.); Theoph. III. 10. § 1.; L. 15. pr. D. *de adopt*. (1. 7.)

(14) Caj. III. 83.; L. 65. § 11. D. *pro socio* (17. 2.) § 1. J. cit.

(15) Caj. III. 84. L. 42. D. *de pecul*. (15. 1.) Confr. nondimeno il § seg. Nota 15. e 47.

tori la *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* (16), con l'effetto, che il *capite minutus* potesse sempre esser convenuto pei suoi debiti precedenti, e che, quando costui si trovasse sotto la potestà di un altro, questi fosse tenuto di dare in sodisfazione del debito il patrimonio, che il *capite minutus* per avventura gli avesse arrecato, come pure tutti gli acquisti del medesimo (17). 2) A questo si aggiunse un altro Editto, il quale dispose che i figliuoli emancipati egualmente che coloro, i quali senza ereditare dal padre per altro modo fosser divenuti *sui juris*, in quanto ai debiti da essi prima contratti, potessero esser convenuti solo per quel tanto che potessero pagare senza pregiudizio di ciò che era necessario pel proprio sostentamento, *in quantum facere possent* (18). Dal che derivò per conseguenza che qui non vi fosse più mestieri neppure della restituzione per poterli convenire; e questa disposizione fu applicata anche ai figliuoli adottati da un altro, allorchè di poi il loro padre naturale fosse morto (19). Finalmente a ciò si aggiunse anche la disposizione di Giustiniano per l'arrogazione, cioè che l'arrogatore, senza una precedente restituzione dovesse soddisfare i creditori, che l'arrogato avea al tempo dell'arrogazione, oppure abbandonar loro il patrimonio e l'acquisto del medesimo (20). Secondo ciò anche la *capitis diminutio minima* è dannosa quasi unicamente al *capite minutus*, perchè toglie ai suoi crediti la forza civile, e non gli è neppure conceduta alcuna restituzione (21).

V. Delle obbligazioni che si contraggono per mezzo di altri.

1) *Per la* potestas.

§ 250. Il principio, che di già abbiamo incontrato nei contratti, che ciascuno può obbligar solo sè medesimo (1), vale eziandio nelle altre cause di obbligazione, non solo cioè nè delitti ma anche in quelle azioni, dalle quali sorgono le *obligationes quasi ex contractu*, o *quasi ex*

(16) L. 2. D. *de in integr. rest.* (4. 1.) L. 2. § 1. 4. L. 7. § 3. D. *de cap. min.* (4. 5.); Paul. I. 7. § 2.; Confr. § 89.

(17. Caj. III. 84. IV. 38. 80.; L. 2. § 2. D. *de cap. min.* (4. 5.)

(18) L. 2. pr. L. 4. pr. § 2. L. 5. pr. D. *quod cum eo.* (14. 5.) L. 2. C. *eod.* (4. 26.)

(19) L. 2. § 1. D. *eod.*

(20) § 3. J. *de adq. per arrog.* (3. 10.)

(21) V. il mio trattato della rest. in int. p. 278.

(1) V. sopra § 233. Nota 1. e 6.

maleficio (2). Intanto questo principio va soggetto a molte eccezioni, le quali per la massima parte hanno origine dall'editto del Pretore. Una moltitudine di queste eccezioni sta in connessione con la *potestas*.

1°. Secondo la regola dell'antico dritto civile, che chi ha la *potestas* sopra altri, ottiene anche tutto il loro acquisto (3), ricadono al medesimo anche i crediti acquistati dalle persone a loro sottoposte (4), e non sono che notevoli restrizioni di questo principio: 1) che allorchè all'*homo alieni juris*, il quale fa l'acquisto, si è riserbato un dritto di scelta tra più prestazioni, egli medesimo debba fare la scelta (5); 2) che quando l'oggetto è strettamente personale, il credito si estingua colla morte dell'*homo alieni juris acquirente* (6); 3) che uno schiavo allorchè appartiene a più persone, possa contrarre a solo benefizio di uno o di alcuni dei suoi padroni (7), e che quando alcuno ha su di lui un possesso di buona fede ovvero usufrutto, lo schiavo acquisti al possessore o all'usufruttuario i crediti acquistati col patrimonio di lui, o mediante i servigi prestati (8); 4) che da ultimo, i figliuoli sotto la patria potestà, secondo il dritto nuovo, non acquistano più pel loro padre, se non quando abbiano precisamente voluto acquistar per lui, o quando il credito siasi procurato col suo patrimonio (9). Ma dall'altro lato quegli che ha la *potestas* non può affatto acquistar crediti a coloro che ha sotto il suo potere. Nondimeno i contratti conchiusi a loro utilità non possono essere riguardati come fatti a favore di un terzo, ma per

(2) L. 11. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 6. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(3) V. sopra § 53. Nota 2.

(4) Caj. III. 114. 163.: pr. § 1. 2. J. *de stip. serv.* (3. 17.); pr. J. *per quas pers. nob. obl. acquir.* (3. 28.) L. 40. pr. L. 45. pr. § 4. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 1. pr. L. 14-16. L. 18. § 2. L. 40. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(5) L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(6) § 2. J. *de stip. serv.* (3. 17.) L. 18. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 9. D. *quando dies* (36. 2.). Per le servitù personali questo ora non deve aver luogo in conseguenza della L. 17. C. *de usufr.* (3. 33.)

(7) Caj. III. 167.; § 3. J. *de stip. serv.* (3. 17.) § 3. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.) L. 1. § 2. 4. 6. L. 2-11. L. 17. L. 18. pr. § 1. 2. L. 21. L. 27. L. 28. L. 29. L. 37. D. *de stip. serv.* (45. 3.). La controversia che intorno a ciò erasi mossa, se uno schiavo, al quale uno dei suoi padroni avea comandato di contrattare per lui, avesse nondimeno contrattato a profitto dell'altro, fu decisa da Giustiniano nel senso che solo il primo dovesse acquistare il dritto L. 3. C. *per quas. pers.* (4. 27.)

(8) Caj. III. 164. 165.; § 1. 2. J. *per quas pers. nob. obl. acq.* (3. 28.) L. 1. § 5. L. 14. L. 18. § 3. L. 19. L. 20. L. 22. L. 23. L. 27. L. 31-34. L. 39. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

(9) V. § 246. Nota 16-22. Una singolare eccezione si contiene ancora nella L. 18. § 2. D. *de stip. serv.* (45. 3.)

tali contratti egli medesimo divien creditore, non altrimenti che se avesse contratto per se stesso (10). Soltanto si dee notare che quando un padre ha convenuto che sia prestata qualche cosa a' suoi figliuoli dopo la sua morte, i figliuoli acquistano da ciò un credito, ancorachè non sieno divenuti suoi eredi (11).

2°. Una obbligazione generale di colui al quale la *potestas* si appartiene certamente non ha luogo per mezzo dei contratti ed altri fatti obbligatorii delle persone a lui sottoposte, ma nondimeno l'Editto del Pretore in molti casi ha ammesso contro di lui l'azione che nasce o nascerebbe dalla obbligazione, se quegli, che immediatamente si è obbligato, non fosse un *homo alieni juris*, e per tal ragione siffatte azioni in questa applicazione, senza riguardo alla loro propria origine, sono annoverate tra le *actiones honorariae* (12). 1) Se un *homo alieni juris* ha ricevuto un peculio dal suo padrone o padre, allora per tutt'i contratti del medesimo si può intentare un'azione contro il padrone o padre, affinchè egli adempia all'obbligazione fino all'ammontare del peculio (13), ed allora l'azione vien detta *actio de peculio* per indicare la cagione, per la quale quì il convenuto è obbligato (14). Anche quando alcuno ha contratto nel tempo che era *homo sui juris*, e di poi per arrogazione ec. è venuto in potestà di un altro, ed ha conseguito un peculio, il suo attuale *pater familias* è esposto all'*actio de peculio* pei contratti precedenti, sebbene sembri che i Proculiani fossero stati d'altro avviso (15). Nondimeno quì il convenuto sia padrone, sia padre ha anche la facoltà di predendurre ciò che egli medesimo, o un suo socio, o

(10) § 4. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 39. L. 130. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 95. § 5. D. *de solut.* (46. 3.). Secondo il nuovo dritto, in cui i figliuoli generalmente non acquistano più pel padre, le convenzioni conchiuse per loro propriamente dovrebbero esser nulle come le altre convenzioni che fossero conchiuse a benefizio di un terzo. Nondimeno la pratica pare al contrario inclinata a riconoscere il dritto come acquistato ai figliuoli.

(11) L. 45. § 2. D. *eod.*

(12) L. 2. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 8. § 4. L. 11. § 1. D. *de accept.* (46. 4.) L. un. C. Th. *quod jussu* (2. 31.). Secondo la L. 36. D. *de pecul.* (15. 1.) pare che alcuni Giureconsulti pei *contractus bonae fidei* di un *homo alieni juris*, fossero inclinati a ritenere assolutamente per responsabili il padrone o il padre; ma questa opinione non ebbe voga.

(13) Caj. IV. 73. 74.; § 4. 5. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 2. 3. 5. 6. L. 3. pr. § 2-10. L. 21. § 4. L. 27. pr. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. pr. L. 11. L. 12. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(14) *Actio de peculio* non è da prendersi come denominazione di un'azione speciale, ma come *adjectitia qualitas* dell'azione di un contratto in concreto.

(15) L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. D. *de pecul. leg.* (33. 8.)

alcuno che stia sotto la sua potestà, o sotto la sua tutela deve avere dallo schiavo o figlio di famiglia contraente (16), e se questi è impubere, in generale *l'actio de peculio* non ha luogo se non in quanto per effetto del contratto sia avvenuto un accrescimento nel *peculio* (17). Ed anche le azioni nascenti da delitto, non sono ammesse come *actiones de peculio* se non sotto la medesima presupposizione di un arricchimento, e fino alla sua concorrenza (18), e lo stesso vale per le *obligationes quasi ex maleficio* (19). Per contrario le azioni nascenti dalle obbligazioni *quasi ex contractu* sono qui assomigliate alle azioni nascenti da contratti (20), e ad esse appartiene sempre anche *l'actio rei judicatae* fondata contro i *filii familias*, per effetto del contratto che si contiene nella contestazione di lite, qualunque sia stato l'originario fondamento della pretensione (21). Se più compadroni di uno schiavo abbiano dato ciascuno un peculio, allora ciascuno non è tenuto che fino alla concorrenza di questo; ma se il peculio sia comune, allora son tenuti solidalmente (22), nondimeno contro più eredi l'azione dee dividersi (23). I possessori di buona fede d'uno schiavo sono qui in tutto assomigliati al vero proprietario (24), ma gli usufruttuarii al contrario solo per quei tali contratti, pei quali lo schiavo acquista loro anche il credito (25). Dopo l'estinzione della potestà ogni *actio de peculio* contro il passato possesore si prescrive in uno *annus utilis* (26), purchè non appartenga a

(16) L. 5. § 4. L. 9. § 2-8. L. 11. pr. § 1. 2. 6. 9. L. 12. L. 14. L. 27. pr. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 7. D. *de pecul. leg.* (33.8.)

(17) L. 1. § 4. D. *de pecul.* (15.1.) Confr. § 232. Nota 11-16. Secondo la L. 11. C. *quod cum eo* (4. 26.) pare che questa medesima limitazione abbia luogo per le convenzioni delle schiave.

(18) L. 3. § 12. D. *de pecul.* (15. 1.)

(19) § 2. J. *de obl. quae quasi ex malef* (4. 5.) L. 1. § 7. 8. D. *de his qui effud.* (9. 3.) L. 5 § 5. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(20) L. 7. D. *de tutelis* (26. 1.) L. 21. L. 37. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 11. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 1. C. *quod cum eo* (4. 26.) L. 3. § 13. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 23. § 4. L. 57. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 39. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(21) L. 3. § 11. L. 5. § 2. D. *de pecul.* (15. 1.) L. 34. L. 35. D. *de nox. act.* (9. 4.). In questo caso anche pei delitti non si richiede l'arricchimento.

(22) L. 1. § 6. L. 15. L. 16. L. 19. § 1. D. *de pecul.* (15. 1.)

(23) L. 14. D. *eod.* È del tutto singolare che allorquando si muove azione semplicemente contro un erede, questi, sol che paghi la sua parte, libera gli altri L. 32. pr. D. *eod.*

(24) L. 1. § 6. L. 15. D. *eod.*

(25) L. 2. L. 15. L. 19. § 1. D. *eod.* Confr. Nota 8.

(26) L. 1. pr. § 1. 2. D. *quando de pec. act. ann. est.* (15. 2.). Nell'*actio tutelae*

a quelle tali azioni che si prescrivono anche in un tempo più breve (27). Intanto allorchè la potestà è passata in un altro, e si è del pari costituito un peculio, il creditore può agire anche contro l'attuale possessore (28). 2) Valgono principii alquanto diversi allorchè il peculio siasi dato nello scopo di esercitare un commercio, o almeno a questo fine siasi impiegato con saputa e volontà del padrone o del padre (29). Un creditore in questo, come in ogni altro caso, può agire *de peculio* (30); ma egli può eziandio domandare una divisione del peculio per contributo tra tutt' i creditori, ed allora l'azione si domanda *actio tributoria* (31). Questo ha il vantaggio che il padrone o padre non può prelevare i suoi crediti, ma soltanto concorre con gli altri (32); ha però anche lo svantaggio, che il creditore non solo dee condiscendere alla ripartizione del peculio, ma è anche tenuto a prestar cauzione di restituire proporzionatamente, nel caso che posteriormente si scoprissero altri debiti di già esistenti (33). La distribuzione appartiene al padrone o al padre (34), se pure questi non preferisca di abbandonare tutto il peculio ai creditori, nel qual caso dovrà aver luogo una distribuzione giudiziaria (35). Ma se egli ricusi di pagare, ovvero ingiustamente abbia fatta la distribuzione, allora può aver luogo contro di lui l'*actio tributoria* (36), la quale passa anche contro gli eredi ed altri successori universali, in quanto essi posseggano il peculio (37), ma non passa affatto contro coloro che a titolo singolare gli son succeduti nella potestà (38). 3) Se l'oggetto del contratto conchiuso da un *homo alieni juris* in tutto o in parte sia stato impiegato a benefizio del padre o padrone, allora o che vi sia un peculio o no, compete contro costui l'azione del contratto, la quale in tal

de peculio contro il padre del tutore l'anno non comincia a correre che dalla pubertà del pupillo L. 11. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 37. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(27) L. 2. pr. D. *quando de pecul. act.* (15.2.)

(28) L. 11. § 8. 9. L. 12. L. 13. L. 27. § 2. 3. D. *de pecul.* (15.1.) L. 45. D. *de adopt.* (1. 7.)

(29) Caj. III. 72. 74.; § 3. 5. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 2. 3. L. 11. D. *de tributor. act.* (14. 4.)

(30) L. 9. § 1. L. 11. L. 12. D. *eod.*

(31) Caj. III. 72.; § 3. J. *quod cum eo.* (4. 7.)

(32) L. 1. pr. L. 5. § 6-10. D. *de trib. act.* (14.4.)

(33) L. 5. § 19. L. 6. L. 7. pr. D. *eod.*

(34) Caj. l. c.; § 3. J. cit.

(35) L. 7. § 1. D. *eod.*

(36) L. 7. § 2-4. L. 12. D. *eod.*

(37) L. 7. § 5. L. 8. L. 9. pr. § 2. D. *eod.*

(38) L. 10. D. *eod.*

caso addimandasi *actio de in rem verso*, fino a concorrenza di quanto l'impiego sia effettivamente tornato a suo vantaggio (39), e lo stesso vale per quei tali affari di un *homo alieni juris*, da' quali risulta un' obbligazione *quasi ex contractu* (40). Non monta che il vantaggio una volta conseguito siasi posteriormente perduto (41); ma se l'impiego sia avvenuto solamente a benefizio di uno fra più padroni, allora solo costui ne rimane obbligato (42). 4) Si estende anche maggiormente l'obbligazione allorchè un *homo alieni juris* per comando *jussu* del suo padrone o padre abbia conchiuso un contratto, ovvero allorchè questi lo abbia posteriormente approvato; imperocchè qui l'azione del contratto sotto il nome di un' *actio quod jussu* ha luogo in tutta la sua estensione, *in solidum*, contro il padrone o padre (43), ma se un solo fra più padroni abbia dato il comando, l'azione non ha luogo che contro di lui soltanto (44). Al comando del padrone o padre medesimo viene assomigliato quello del suo tutore o procuratore (45); ed anche l'usufruttuario e possessore di buona fede di uno schiavo per effetto del suo comando rimane obbligato (46). Da questi principii dipende che quando un *filius familias* maritato ha ricevuto una dote, se il matrimonio sia stato approvato dal padre, le azioni per la restituzione della dote possono assolutamente esser dirette contro il padre, come se la dotazione fosse avvenuta di sua volontà (47). 5) Per tutti i delitti di uno schiavo, anche per quelli che avesse commessi prima di aver perduto la libertà, le azioni nascenti dal delitto competono contro colui che al tempo, in cui l'azione si promuove, possiede lo schiavo, o dolosamente ha cessato di possederlo; e quest'azione tende allo scopo che o risarcisca il danno e paghi le pene private, o abbandoni lo schiavo all'attore mediante la *noxae datio* (48). Sotto questo rapporto se vi son più padro-

39) Caj. IV. 73. 74.; Paul. S. R. II. 9.; § 4. 5. 8. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. D. *eod.* (14. 5.) L. 1. pr. L. 2. L. 3. § 9. L. 5. pr. D. *de in rem. verso* (15.3.) L. 3. L.7. pr. L. 12. C. *quod cum eo* (4. 26.)

40) L. 1. C. *eod.* L. 21. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(41) L. 3. § 7. 8. 10. D. *de in rem verso* (15. 3.)

(42) L. 13. D. *eod.*

(43) Caj. IV. 70.; § 1. J. *quod cum eo* (4. 7.); L. 1. L. 7. D. *eod.* (14. 6.) L. 1. pr. § 1-6. L. 2. § 1. D. *quod jussu* (14. 4.) L. un. C. Th. *eod.* (2. 31.)

(44) L. 5. § 1. D. *eod.* L. 13. D. *de in rem verso* (14. 3.)

(45) L. 1. § 9. L. 2. pr. L. 4. D. *quod jussu* (14. 4.)

(46) L. 1. § 8. D. *eod.*

(47) Fragm. Vat. § 102. L. 36. D. *de pecul.* (15. 1.); L. 22. § 12. L. 31. § 3. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 10. C. *eod.* (5. 18.)

(48) L. 1. L. 7. L. 11. L. 12. L. 13. L. 16. L. 21. pr. § 2. L. 24. D. *de nox. act.*

ni, son tenuti solidalmente (49). Se il padrone non può trovarsi, o non vuole assumere la lite, allora il danneggiato può appropriarsi lo schiavo, *ducere servum* (50). Che se il convenuto nega di avere lo schiavo, allora l'attore può o deferirgli il giuramento su questo punto, o allegare la prova del contrario, ed in quest'ultimo caso il convenuto per pena perde il dritto della *noxae datio* (51). Ma si procede altramente allorchè lo schiavo ha commesso il delitto per comando del padrone; imperocchè, secondo le dodici Tavole, il padrone che ha dato il comando è assolutamente risponsabile, come se egli medesimo avesse commesso il delitto, senza potersi liberare coll' abbandono dello schiavo, il quale in questo caso non rimane punto obbligato (52), anzi pei danni che ricadono sotto la *lex Aquilia* la sola conoscenza del fatto vien riguardata como un comando (53). Per contrario la risponsabilità del padrone fu con particolare Editto mitigata pel caso che più suoi schiavi avessero insieme rubato, nel qual caso per evitare la *noxae datio* il padrone non è tenuto a pagare per risarcimento e per pena più di quel che avrebbe dovuto, se un solo avesse rubato (54). Somiglianti principii valevano anticamente anche pei figliuoli sotto la patria potestà (55), se non che i Proculiani richiedevano per la *noxae datio* di un figliuolo una triplice mancipazione (56), e se il padre non si potea trovare, o non valea assumere la lite, non avea luogo la *ductio*, ma potevasi soltanto agire contro lo stesso *filius familias* (57). Ma Giustiniano cambiò tutto questo vietando la *noxae datio* dei figliuoli (58), e per conseguenza il padre non rimane tuttora risponsabile pei delitti dei figliuoli, se non quando o può aver luogo un' *actio de peculio* (59), ovvero i figliuoli han

(9. 4.) L. 215. D. *de V. S.* (50. 16.); Caj. IV. 75-78. ; pr. § 1-6. J. *de nox. act.* (4. 8.)

(49) L. 5. pr. L. 8. D. *eod.*

(50) L. 2. § 1. D. *si ex nox. causa ag.* (2. 9.) L. 6. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 21. pr. L. 26. § 6. L. 32. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(51) L. 21. § 1. L. 22. § 4. D. *eod.*

(52) L. 2. § 2. D. *eod.*

(53) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. L. 5. L. 9. L. 17. pr. D. *eod.*

(54) L. 1-4. D. *si famil. furt. fecisse dicetur* (47. 6.) L. 32. D. *ad leg. Aquil.* (1. 2.) L. 9. D. *de jurisdict.* (2. 1.)

(55) Caj. IV. 75. 77. 78.

(56) Caj. IV. 79. Confr. sopra § 92. Nota 26.

(57) L. 33-35. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(58) § 7. J. *de nox. act.* (4. 8.)

(59) V. Nota 17. e 19.

commesso il delitto per suo comando o almeno con sua saputa (60). 6) Se alcuno per mezzo delle persone che sono sotto la sua potestà acquista un'eredità devoluta ad esse, allora passano in lui anche i debiti ereditarii, giacchè egli qui vien riguardato come erede (61). Questo per verità per regola può riferirsi al fondamento dell'*actio quod jussu*, perciocchè gli *homines alieni juris* non possono adire un'eredità per colui, sotto la potestà del quale si trovano, senzache questi ne dia loro il comando (62), ma lo stesso vale eziandio allorchè un *filius familias* sia divenuto erede *ipso jure*, nel qual caso egli obbliga il padre, senza che questi abbia consentito (63) 7). Se un padrone di nave *exercitor* sta sotto la potestà, ed esercita il commercio col consenso del suo padrone o padre, questi è solidalmente risponsabile per tutti i crediti che contro colui da quel commercio son derivati (64). 8) Se si prenda alla lettera come giace una notizia che troviamo in Cajo, anche gli *homines in mancipio* e le mogli *in manu* per tutti i loro contratti e delitti obbligavano i loro padroni o mariti a soddisfare interamente il creditore, o ad abbandonargli il patrimonio che con se aveano recato, insieme a tutti gli acquisti che avesser fatti (65). Ma ove qui non si tratti semplicemente della *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* per rapporto ai debiti, che si eran contratti prima di cadere sotto la potestà, il che la conchiusione imperfetta di quel passo fa supporre, quella notizia potrebbe solo riguardare i delitti, ed esprimere semplicemente che non fosse stata ammessa la *noxae datio* degli *homines in mancipio* e delle *uxores in manu* (66).

(60) V. Nota 51. e 52. Nel § 7. J. *de nox. act.* (4. 8.) Giustiniano ha soltanto rigettato le azioni noxali contro il padre, il che per conseguenza non ha applicazione nei casi, in cui anche prima non si dava luogo ad alcuna *noxae datio*.

(61) Caj. III. 84.

(62) L. 6. pr. § 4. L. 23. L. 26. L. 30. L. 35. L. 36. L. 45. L. 62. § 1. L. 64-68. D. *de adq. her.* (29. 2.). Qui è indifferente che Giustiniano abbia permesso ai figliuoli sotto la patria potestà di adire anche per sè medesimi L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(63) L. 6. § 5. D. *eod.* Questo veramente non può più avvenire, imperocchè qui il *filius familias* per la disposizione testè menzionata di Giustiniano acquista sempre per sè stesso.

(64) L. 1. § 19-23. L. 6. pr. D. *de exerc. act.* (14. 1.). Ciò non può dedursi da qualche comando, imperocchè allora dovrebbe essere lo stesso per l'*actio institoria*, il che non è così L. 1. § 20. D. *eod.*

(65) Caj. IV. 80.

(66) Nella proposizione che trovasi in Cajo l. c. « *quotiens ex contractu aut ex maleficio earum ageretur* » le parole » *ex contractu aut* » hanno origine soltanto dalla

2.) *Fatta astrazione dalla* potestas.

§ 251. Le eccezioni dalla regola che niuno non può obbligare se non sè medesimo, le quali non dipendono dalla *potestas* son fondate sopra cagioni molto diverse:

1.° Alcune poggiano sopra un mandato direttamente o indirettamente ad altri dato. 1) Fin dall'antichità era principio che chi comanda o induce altri a commettere un delitto, resti obbligato solidalmente come un complice (1). Forse ciò era di già espresso nelle dodici Tavole (2). Ma pei contratti solo molto più tardi troviano il somigliante nei seguenti casi: 2) Se un padrone di nave (3) prepone alla medesima un capitano *magister navis*, al quale affida la direzione della nave (4), egli rimane obbligato per tutte le convenzioni conchiuse dal medesimo pei bisogni della nave e del carico (5), cosicchè l'altro contraente ha la facoltà di scegliere se voglia rivolgersi contro il capitano o contro il padrone (6), nel qual caso l'azione del contratto viene indicata come *actio exercitoria* (7), e questo vale ancora allorchè un procuratore nominato dal capitano abbia trattato in sua vece, ed anche quando si sia vietato al Capitano di sostituirsi un altro (8). Nè vale ad escludere l'obbligazione del padrone che il Capitano abbia distornato dal suo scopo l'oggetto del contratto, purchè il creditore si trovi in buona fede (9). Più padroni son tenuti solidalmente (10), e se il padrone sta tuttavia sotto la potestà di alcuno, ed esercita il commercio col consenso di lui, si può senza re-

congettura dell' editore. Ma è assai inverisimile che gli *homines in mancipio* abbiano avuto il potere di far perdere al padrone mediante convenzioni tutto il loro acquisto, specialmente quando si considera che il *mancipium* più di frequente avea origine da una *noxae datio*, ed allora avea appunto lo scopo di procurare al padrone una indennità mediante l'acquisto. Caj. I. § 140.

(1) L. 1. § 13. D. *de vi* (43. 16.) L. 11. § 3. 5. D *de injur.* (47. 10.) L. 51. § 3. D. *de furt.* (47. 2.) L. 5. C. *de accus.* (9. 2.)

(2) L. 2. § 1. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(3) L. 1. § 15. 16. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 4. C. *de inst. et exerc. act.* (4. 25.)

(4) L. 1. § 1. 3. 4. D. *eod.*

(5) L. 1. pr. § 7-12. D. *eod.*

(6) L. 1. § 17. L. 5. § 1. D. *eod.*

(7) § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 5. § 1. D. *de exerc. act.* (14. 1.)

(8) L. 1. § 5. D. *eod.*

(9) L. 7. pr. D *eod*

(10) L. 1. § 25. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. § 2. D. *eod.*

strizione alcuna diriger l'azione anche contro costui (11). Dall'altro lato se sono stati preposti più Capitani, basta di aver contrattato con un solo, purchè non sia stato loro prescritto di non trattare che in comune, ma se sono stati nominati per diversi negozi, allora il contratto deve esser fatto precisamente con colui, nelle cui attribuzioni il contratto si comprendeva (12). L'editto del Pretore, nel quale questi principii furono introdotti, per verità gli avea stabiliti pel caso che il Capitano fosse figlio o schiavo del padrone della nave, e per conseguenza anche qui si ebbe innanzi agli occhi la *potestas* (13), ma in seguito di una posteriore estensione questi principii han luogo anche quando sia stata destinata una persona indipendente, ovvero lo schiavo o figlio di famiglia di un altro (14). È verisimile che solo per una più tarda estensione si fosse ammesso che il padrone della nave dovesse rispondere per tutti i delitti dell'equipaggio e che per conseguenza tutte le azioni delittuali per cagione dei loro delitti fossero parimente ammesse come *actiones exercitoriae* (15), ma ad una posteriore estensione si vuol certo attribuire che anche il proprietario dal suo canto potesse avere azione pei contratti conchiusi dal suo Capitano, nel che nondimeno si dava luogo solo ad una *extraordinaria cognitio* (16). 3) Nello stesso modo va la cosa allorchè alcuno che possiede un commercio una fabbrica, o altro simile, nomina un preposto al suo negozio *institor*, al quale affida la direzione dei suoi affari (17), il che l'Editto del Pretore parimente daprima avea introdotto solo pel caso che l'*institor* fosse figliuolo o schiavo del padrone del negozio (18). Qui il padrone del negozio egualmente che il padrone della nave rimane obbligato per tutte le convenzioni che l'*institor* ha conchiuse per il negozio a lui affidato (19), e se vi sono più padroni, tutti sono del pari solidalmente tenu-

(11) L. 1. § 19-23. L. 6. pr. § 1. D. *eod.*

(12) L. 1. § 13. 14. D. *eod.*

(13) Caj. III. 71.; Paul. S. R. II. 6. L'*actio exercitoria* pare anzi essere stata la più antica azione che fosse data contro il padrone o il padre pei negozii del suo schiavo o del figliuolo, imperciocchè nelle fonti è posta sempre in primo luogo.

(14) Caj. l. c.; § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 1. § 4. L. 5. pr. D. *de exerc. act.* (14. 1.)

(15) L. 1. § 2 D. *eod.*

(16) L. 1. § 18. D. *eod.*

(17) L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1-10. L. 7. § 1. 2. L. 8. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(18) Caj. l. c.; Paul. S. R. II. 8. § 1.; § 2. J. *quod cum eo* (2. 7.) Confr. con L. 1. L. 7. § 1. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(19) L. 1. L. 5. § 11-18. D. *eod.* Qui non si tratta di un'obbligazione nascente da delitto. Non si oppone la L. 5. § 8. D. *eod.*

ti (20). Le sole differenze sono: che qui l'azione appellasi *actio institoria* (21); che il padrone del negozio non è tenuto allorchè l'*institor* ha manifestamente trapassato i limiti delle sue facoltà (22); che colui, nella potestà del quale il padrone del negozio si trova, non è responsabile per lui, se non secondo le ordinarie regole (23); e che l'*institor* non può contro la volontà del padrone sostituirsi un altro (24), mentre al contrario le convenzioni fatte coi garzoni dell'*institor* valgono come fatte con lui medesimo (25). Del resto anche al padrone di un negozio è conceduto in caso di necessità di promuovere l'azione nascente da' contratti del suo *institor* (26). 4) Un mandato speciale per la conchiusione di un contratto ha sempre per effetto che il procuratore possa esser convenuto in forza del mandato perchè faccia la cessione del credito ottenuto mediante il contratto, o perchè consegni la prestazione di già ricevuta (27), e che egli dal suo lato possa agire per esser liberato dalle obbligazioni assunte, o per esserne indennizzato (28), sebbene quest' ultimo dipenda anche dalla condizione, che egli non abbia trapassato il suo mandato (29). Ma rispetto al terzo, secondo l'antica teorica, solo lo stesso mandatario, come l' immediato contraente, diveniva suo creditore o debitore (30), salvo per la società, in cui Labeone già riguardava il mandante come direttamente obbligato pel contratto di società che un altro per suo mandato avesse conchiuso (31). Intanto sotto Settimio Severo sull'autorità, per quanto sembra, di Papiniano fu ammesso il principio generale, che colui il quale ha un mandato per fare un contratto, riguardo a questo debbasi considerare come un *institor* (32).

(20) L. 13. § 2. L. 14. D. *eod.*
(21) Caj. l. c. § 2. J. *quod cum eo* (4. 7.)
(22) L. 11. § 1-5. D. *de inst. act.* (14. 3.)
(23) L. 1. § 20. D. *de exerc. act.* (14. 1.)
(24) L. 1. § 5. D. *eod.*
(25) Paul. S. R. II. 8. § 3.
(26) L. 1. L. 2. D. *de inst. act.* (14. 3.) Confr. Nota 38.
(27) L. 8. § 5. 10. L. 10. pr. L. 26. § 8. L. 43. L. 59. D. *mandati* (17. 1.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 49. § 2. D. *de adquir. poss.* (41. 2.)
(28) L. 26. § 8. L. 45. pr. § 1-5. D. *mand.* (17. 1.)
(29) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 49. D. *de procur.* (3. 3.) L. 10. C. *eod.* (2. 13.)
(30) L. 5. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 51. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. § 6. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 67. D. *de procur.* (3. 3) L. 1. C. *per quas pers.* (4. 27.) L. 6. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 50.)
(31) L. 84. D. *pro socio* (17. 2.)
(32) Senza dubbio questa novità sta in connessione con ciò che sotto Settimio Severo

Secondo ciò ora anche il terzo può per effetto del contratto direttamente promuovere azione contro il mandante, nel qual caso la sua azione chiamasi *actio utilis* s. *quasi institoria* (33), e se son più mandanti tutti vi sono solidalmente tenuti (34). Pertanto anche quì si richiede che non siasi trapassato il mandato (35), e nello stesso tempo è mestieri che il terzo abbia contratto in considerazione del mandante che gli fu nominato, *contemplatione mandantis*, in caso contrario solo il mandatario sarà verso di lui obbligato (36), ma questi allora è risponsabile assolutamente, mentre un mandatario, il quale espressamente ha contratto nel nome del mandante, dopo che si è ammesso che il terzo possa contro quest'ultimo avere azione, non può esser tenuto se non per quanto dura il suo rapporto di mandato (37). Ma siccome ai padroni di un negozio fu permesso di agire pei contratti del loro *institor*, così fu pure al mandante conceduta la facoltà di agire dal suo canto per l'esecuzione de'contratti conchiusi per suo mandato (38), ovvero di fondarvi sopra un'eccezione (39). 5) Secondo la regola generalmente ammessa nel dritto Romano più recente, che un'approvazione posteriore equivalga ad un precedente mandato (40), chi approva un contratto, che un altro anche senza sua commissione ha per lui conchiuso, può ancora, del pari che un mandante, essere per quel contratto convenuto in giudizio dal terzo (41). 6) Egli è fuor di dubbio che anche l'obbligazione che si contrae per mezzo del tutore da quei che so-

in generale l'acquisto di dritti per mezzo di persone indipendenti fu esteso. V. § 53. Nota 8.

(33) L. 31. pr. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. L. 19. pr. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 10. § 5. D. *mand.* (17. 1.) L. 20. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 5. C. *de inst. act.* (4. 25.)

(34) L. 1. § 25. L. 2-4. D. *de exerc. act.* (14. 1.) L. 13. § 2. L. 14. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 5. § 1. D. *quod jussu* (15. 4.)

(35) L. 5. § 11. 12. L. 11. § 2-4. D. *de inst. act.* (14. 3.) L. 10. C. *de procur.* (2. 13.)

(36) L. 13. C. *si cert. pet.* (4. 2.). Non si oppone la L. 5. § 17. L. 17. § 3. D. *de inst. act.* (14. 3.)

(37) Arg. L. 20. D. *eod.* Non si oppone la L. 67. D. *de procur.* (3. 3.) Confr. Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 24. e 25.

(38) L. 13. § 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 68. D. *de procur.* (3. 31.) L. 18. § 16. *de damno inf.* (39. 2.) L. 7. 9. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 20. pr. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. C. *per quas pers.* (4. 27.)

(39) L. 10-12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 50. D. *de procur.* (3. 3.)

(40) L. 12. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (5. 16.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.)

(41) L. 7. § 1. C. *quod cum eo.* (4. 26.) L. 7. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.)

no sotto tutela (42), ha per suo fondamento la finzione di un mandato. Essa non appartiene all'antico dritto civile, ma piuttosto non se ne ha una certa pruova che al tempo degl' Imperadori ; nondimeno è più antica che la formazione della teorica dell'*actio quasi institoria* (43). 7) Si allega come una estensione di ciò , che un soldato il quale ha affidato i suoi affari ad un procuratore,resti per mezzo di costui secondo i medesimi principii obbligato come il pupillo per mezzo del suo tutore (44).

2.° In molti casi i terzi possono rimanere obbligati per essersi procurato loro un vantaggio, *versio in rem*. 1) Le persone morali, per i prestiti che i loro prepositi han contratti per esse rimangono sempre obbligate, ma solo in quanto il danaro sia stato effettivamente impiegato per esse (45) ; e 2) colui che ha affidato ad un amministratore alcuni affari,per le convenzioni che questi per tali affari abbia fatte,potrà esser convenuto allorchè può dimostrarsi esser tornate a suo vantaggio (46), ma per questo non è sufficiente una semplice assertiva dell'amministratore (47).

3.° Ad una moltitudine di determinati contratti è positivamente attribuito l'effetto di obbligare i terzi. Qui si riferiscono i casi: 1) allorchè alcuno contrae pei suoi futuri eredi, che questi debbano ricevere o prestare qualche cosa (48); 2) allorchè nel conchiudere un contratto reale colui che dà la cosa ne pattuisce la restituzione da farsene ad un terzo (49) ; 3) allorchè il padre di una moglie stipula che la dote si restituisca alla moglie o a'figliuoli di lei (50) ; 4) allorchè un creditore nella vendita del pegno riserba al debitore la facoltà di riscattarlo (51) ; 5) allorchè il donante aggiunge come un *modus* della donazione , che debba prestarsi qualche cosa ad un altro (52); 6) allorchè relativamente ad un credito ereditario si è fatto un *constitutum*

(42) V. sopra § 145.
(43) L. 2. pr. L. 9. pr. D. *de admin. tut.* (26. 7.)
(44) L. 26. D. *de reb. cred.* (12. 1.)
(45) L. 27. D. *eod.* Nov. 120. c. 6. § 3.
(46) L. 7. § 1. C. *quod cum eo* (4. 26.)
(47) L. 13. C. *cod.*
(48) § 15. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 26. pr. D. *depos.* (16, 3.) L. 38. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. un. C. *ut ab her. et contr. her.* (4. 11)
(49) L. 9. § 8. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 8. C. *ad exhib.* (3. 42.)
(50) L. 45. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 7. C. *de pact. conv.* (5. 14.)
(51) L. 13. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.)
(52(L. 3. C. *de don. quae sub. modo* (8. 55.)

debiti o si è prestata una sicurtà al possessore dell'eredità,dal che nasce un'azione anche pel vero erede e pel fedecommessario universale dopo che sarà loro restituita l'eredità (53),la qual cosa però non si può estendere anche ad altri contratti (54); e 7) allorchè un comproprietario promette di non domandare la divisione prima di un determinato tempo, la qual promessa lega anche i suoi successori singolari (55).

4.° Finalmente un principio speciale, di cui qui si vuol fare menzione, è che colui il quale nei negozii, negli affari, o nelle cose altrui, alle quali debba provvedere ed aver cura , si serve dell'opera di altri, certamente non è risponsabile assolutamente pel dolo e per la colpa di costoro, ma è tenuto soltanto allorchè gli si può rimproverare di aver fatto una cattiva scelta. Nondimeno l'azione per delitto che per avventura possa competere contro il colpevole medesimo,non passa mai contro colui (56), egli non può esser convenuto che per effetto del rapporto di obbligazione in cui si trova,come se il danno fosse da sua colpa provenuto (57).

SECONDA SUDDIVISIONE

Singoli rapporti di obbligazione.

CAPITOLO I.°

OBBLIGAZIONI NASCENTI DA'CONTRATTI.

Avvertenza preliminare.

§ 252. Mentre da un lato le obbligazioni che nascono da'delitti non altrimenti che le *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio*

(53) L. 22. D. *de pec. const.* (13. 5.) L. 21. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(54) L. 17. § 6. D. *de pact.* (2. 14.) L. 73. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.)

(55) L. 14. § 3. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 16. § 1. D. *pro socio* (17. 2.). Rigorosamente ciò non appartiene qui , imperocchè qui non si trova se non il passaggio di un obbligazione annessa ad una cosa.

(56) Solo pei padroni di naviglio la cosa va diversamente V. Nota 13.

(57) L. 21. § 3. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 27. § 9. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 10. § 1. L. 11. L. 20. D. *commod.* (13. 6.) L. 11. D. *de peric.* (18. 6.) L. 11. pr. L. 25. § 7. D. *locati* (19. 2.) L. 20. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

debbono partitamete essere esposte e dichiarate, perchè ciascuna di esse ha una sua propria causa generatrice e la sua teorica più o meno particolare, dall'altro lato una enumerazione di tutte le immaginabili obbligazioni contrattuali è non solo impossibile ma anche inutile, imperocchè il modo come si hanno a regolare molte convenzioni obbligatorie che s'incontrano nella vita, risulta già dai principii generali sopra le convenzioni di questa specie. Ma nondimeno ci ha pure non piccol numero di convenzioni obbligatorie, per le quali allato a quei principii si è pure stabilita una speciale teorica, e per questo hanno anche mestieri di una speciale dichiarazione. Or tra queste i contratti reali prendono convenientemente il primo posto.

I. Contratti Reali.

1) *Prestito.*

A. Teorica del medesimo.

§ 253. Il più comune e più importante contratto reale è il prestito di cose fungibili, le quali debbonsi restituire non già in specie, ma in una eguale qualità e quantità, il che chiamasi, mutuo *mutuum*, *res creditae* (1). Come contratto reale il mutuo per verità non richiede alcuna forma, sebbene i Romani ne'tempi più antichi avessero in costume di contrarlo per *aes et libram* (2), ed anche più tardi spesso nè stipulassero formalmente la restituzione (3). Per contrario la consegna e ricevuta delle cose da restituirsi è qui essenziale (4); il perchè una pro-

(1) Caj. III. 90.; pr. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 2. L. 3. D. *de reb. cred.* (12.1.) L. 1. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.). Qoando Cajo l. c. pr. J. cit. L. 2. § 2. D. *de reb. cred.* (12. 1.), ed Isidori Orig. v. 25. fa derivare *mutuum* da *ex meo tuum fit*, questa è veramente una cattiva etimologia; non so poi se *mutuum* e *mutuus* si possa dedurre con Varrone de L. L. IV. 36. dalla voce Siculogreca μοιτον (Retribuzione, compenso, contracambio, rimunerazione). Certamente il detto « *μοιτον αντι μοιτον* (Pari coo pari) favorisce questa derivazione.

(2) V. § 230. Nota 18. Confr. Uschke il dritto del *Nexum* e l'antico dritto Romano relativo ai debiti. Lipsia 1846. 8. p. 49. seg. Questo scritto noo mi è venoto a mano che durante la stampa di qnesta parte, e per conseguenza non me ne ho potuto valere più sopra per le forme Romane dei contratti. Ma mi gode l'animo che nel percorrerlo noo vi ho trovato alcuna ragione di dovere emendare qualche cosa di ciò che ho detto nei § 129 e 230.

(3) V. § 230. Nota 3.

(4) Caj. III. 132. IV. 116.; § 2. J. *de except.* (4. 13.) L. 2. § 3. D. *de doli exc.* (44. 4.)

messa di restituire o più, o altra cosa da quel che s'è ricevuto non obbliga (5). Originariamente l'oggetto del mutuo dovea anche esser direttamente dato dallo stesso creditore, o almeno da un suo schiavo o *filius familias* dal peculio di lui (6); ma secondo la teorica posteriormente formata dai Giureconsulti classici, esso non solamente è valido quando il creditore fa dare le cose da un altro (7), ovvero quando il suo procuratore fa il mutuo per lui (8), ma eziandio allorchè colui che dà le proprie cose in prestanza, pattuisce che il credito si acquisti ad un altro (9), ovvero allorchè si dà una cosa non fungibile, affinchè quegli che la riceve la venda, e ne ritenga il prezzo come mutuo (10), anzi anche allorchè si conviene che qualche altro debito per l'avvenire abbiasi a tenere come un mutuo (11), il che per verità alcuni Giureconsulti non volevano riconoscere che pel solo deposito (12), ma in fine fu generalmente ammesso (13). Siccome nel mutuo non si dee restituire che una eguale quantità e qualità, così la proprietà delle cose date passa in colui che le riceve (14). Per conseguenza da parte di colui che dà interviene un'alienazione (15), e perciò è necessario che costui, in quanto fa il prestito nel suo proprio nome, sia proprietario delle cose (16), e ne abbia la disposizione (17). Nondimeno anche mancando alcuna di queste condizioni, il mutuo si convalida allorchè le cose sono state dal mutuatario adoperate e consumate di buona fede (18).

(5) L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 17. pr. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. C. *si certum pet.* (4. 2.)

(6) L. 2. § 4. L. 11. § 2. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(7) L. 2. § 4. L. 15. D. *eod.* L. 10. § 4. L. 34. pr. D. *mand.* (17. 1.)

(8) L. 2. C. *per quas pers.* (4. 27.) L. 4. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(9) L. 2. § 4. L. 9. § 4. 8. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(10) L. 4. pr. L. 11. pr. D. *eod.* L. 34. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 19. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.)

(11) L. 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(12) L 34. pr. D. *mand.* (17. 1.)

(13) L. 15. D. *de reb cred.* (12. 1.) L. 5. C. *de non. num pec.* (4. 30.)

(14) Pr. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 2. § 2. L. 9. § 9. L. 20. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.). Non si oppone la L. 213. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(15) Non si oppone la L. 55. D. *de solut.* (46. 3.). Su ciò che ha dato occasione all'opposto assunto di *C. Salmasius* Disquisit. de mutuo qua probatur non esse alienationem L. B. 1645. veggasi *Gluck* Sistema delle Pandette vol. XII. p. 29. seg.

(16) L. 2. § 4. L. 12. L. 13. L. 16. L. 41. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(17) § 2. J. *quib alien. licet.* (2. 8.) L. 12. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 9. pr. D. *de auct. tut.* (26. 8.)

(18) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. L. 19. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

L'errore sulla persona, con la quale si contrae, rende sempre invalido il mutuo (19), ed è lo stesso per l'errore sulla causa del dare (20). Da un mutuo validamente fatto nasce l'*actio s. condictio ex mutuo* (21), la quale pei prestiti di danaro in moneta che ha corso legale nel paese è di stretto dritto (22), ma non così negli altri casi (23). Secondo la *lex de Gallia Cisalpina* un prestito di danaro della predetta specie avea anche questo di particolare, che in tal caso i magistrati Municipali aveano la facoltà di fare l'*addictio* del debitore in seguito della *manus injectio* (24), mentre in altri casi essa non potea farsi che dal Pretore (25); ma questa differenza non si trova più nel dritto di Giustiniano. I Peregrini son perfettamente capaci dell'obbligazione del mutuo (26); ma 1) gl'impiegati provinciali, secondo alcuni senato-consulti e Costituzioni Imperiali, non possono prestar denaro nella loro Provincia (27), e 2) una particolare limitazione trovasi anche pei mutui dei figliuoli sotto la potestà del padre. Dopo che una *Lex Claudia* ebbe già vietato ai figli di famiglia di prender danaro a mutuo con interessi « *in mortem patris* », cioè con la convenzione espressa che la restituzione avesse a seguire dopo la morte del padre (28), il Senato-consulto Macedoniano fatto sotto l'Imperadore Vespasiano (29) dichiarò privi di forza civile tutti i prestiti di denaro fatti a' figliuoli sotto la patria potestà, e ciò ebbe occasione da questo, che un creditore usurario di un figliuolo di famiglia lo avea spinto a dar morte al padre (30). Per effetto di ciò in questo caso all'*actio mutui* si oppone l'*exceptio Scti Macedoniani* (31), la qua-

(19) L. 32. D. *eod.* Confr. *J. L. Conradi* de Juventiana condictione quae est in L. 32. D. *de R. C.* Marb. 1734. 8.; *Gluck* l. c. § 779.

(20) L. 18. pr. § 1. D. *eod.* L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(21) Pr. J. *quib mod. re* (3. 14.)

(22) L. 6. D. *de eo quod certo loco* (33. 4.) L. 3. L. 16. C. *de usur.* (8 32.) lex *de* Gallia Cisalp. c. 21.

(23) L. 12. L. 16. C. *eod.*

(24) Lex de Gallia Cisalp c. 21.

(25) Lex de Gallia Cisalp. c. 22.

(26) Caj. III. 132.; Cic. ad Attic. V. 21. VI. 1. 2.; Livius XXXV. 7.

(27) Cic. in Verr. II. 3. c. 72.; L. 33. L. 34. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 3. C. *si cert. pet.* (4. 2.). Probabilmente ne fu il fondamento la lex Porcia, di cui fa menzione il *Plebiscitum de thermensibus* L. 52-56.

(28) Tacit. annal. XI. 13. Nel Giornale di Schmidt vol. I. p. 57. Nota 2. questa *lex* è confusa col *Sctum Macedonianum*, il che per lo meno è molto dubbio.

(29) Sueton. in Vespasiano c. 11.

(30) L. 1. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) § 7. J. *quod cum eo* (4. 7.); Theoph. IV. 7. § 7.

(31) L. 19. D. *de Scto Maced.* (14. 6.)

le è perpetua ed *in rem* (32), e può esser opposta anche dopo la condanna (33); nondimeno come introdotta solo in odio del creditore lascia sussistere la *naturalis obligatio* (34). Il Senatoconsulto vale per tutt'i discendenti sotto la patria potestà (35), e contro tutt'i creditori (36), senza distinzione se siansi pattuiti interessi o no (37). Ma il medesimo non si applica affatto a' debiti diversi dal mutuo di denaro, purchè, per frodare la legge, sotto le apparenze di un altro debito non si sia celato un mutuo (38), e parimente non si applica a quei mutui che per qualsivoglia ragione son nulli, o possono mediante restituzione esser rescissi (39). Oltre a ciò l' interpetrazione dei Giureconsulti dalle ragioni e dallo scopo del Senato-consulto ne ha dedotte parecchie eccezioni: 1) cioè il prestito è immediatamente, e A. generalmente valido a) allorchè il figlio di famiglia possiede un peculio castrense (40), b) allorchè egli è tenuto come *sui juris* (41), ovvero dolosamente si è fatto creder tale (42), e c) allorchè il prestito fu fatto di consenso del padre (43), o per soddisfare un debito civilmente valido (44), o per provvedere alle proprie necessità (45). È valido poi B. almeno per rispetto al padre a) allorchè questi comandò che si facesse il mutuo (46), o b) il figliuolo trattò come suo *institor* (47), o c) il denaro fu preso pel padre, e fu impiegato a suo prò (48). 2) Si convalida posteriormente

(32) § 7. J. *quod cum eo* (4. 7.) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 12. § 13. D. *mandati* (17. 1.) L. 7. pr. § 5. 6. 10. L. 9. § 3. 4. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 6. pr. C. *eod.* (4. 28.)

(33) L. 11. D. *eod.*

(34) L. 9. § 4. 5. L. 10. D. *eod.* L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(35) L. 1. § 2. 3. L. 9. § 2. L. 14. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 6. § 1. C. *eod.* (4. 28.)

(36) L. 15. D. *eod.*

(37) L. 7. § 9. D. *eod.*

(38) L. 3. § 3. L. 7. pr. § 1. 3. L. 13. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(39) L. 3. § 2. D. *eod.*

(40) L. 1. § 3. L. 2. D. *eod.* L. 7. § 1. C. *eod.*

(41) L. 3. pr. § 1. L. 19. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(42) L. 1. C. *eod.*

(43) L. 12. D. *eod.* L. 2. L. 4. L. 7. pr. C. *eod.*

(44) L. 7. § 14. D. *eod.*

(45) L. 7. § 13. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*

(46) L. 5. pr. D. *quod jussu.* (15. 4.) L. 12. D. *de Scto Maced.* (14. 6.) L. 5. C. *eod.* L. 12. § 13. D. *mandati* (17. 1.)

(47) L. 7. § 11. D. *de Scto Maced.* (14. 6.)

(48) L. 7. § 12. L. 17. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

il mutuo A. per l'approvazione del padre (49), come pure B. quando il debitore dopo esser divenuto *sui juris*, mediante il pagamento di una porzione, o mediante novazione, o in altro qualsiasi modo riconosce il debito (50). Solo è a notare che, se allora abbia costituito un pegno, non rimane perciò obbligato se non fino alla concorrenza del valore del medesimo.

B. Degl'interessi (*).

§ 254. Un mutuo può farsi gratuitamente, o con interessi, ed in questo caso chiamasi *foenus* (1). Ma sotto il nome d'interessi, *usurae* s'intende quel compenso che in una *obligatio quantitatis* il creditore ottiene per avere il debitore goduto, ó perchè gode tuttora (2) della somma prestata, la qual somma per contrapposto a tal compenso vien detta capitale *caput*, *sors* (3). Un così fatto compenso non è certamente limitato al solo mutuo, ma nondimeno in esso s'incontra più di frequente, e però è convenevole che qui se ne parli. Come già per se stesso è manifesto l'obbligazione di pagare gl' interessi è una obbligazione accessoria (4); di più gl' interessi non possono esser richiesti se non in cose della medesima specie del capitale (5), sebbene sia permesso di convenire un compenso di altra sorta (6). Ma l'obbligazione al pagamento degl'interessi non s'intende da sè in ogni debito di un capitale, ma per regola presuppone:

(49) L. 7. § 15. L. 16. D. *eod.* L. 7. pr. C. *eod.*
(50) L. 7. § 16. D. *eod.* L. 2. L. 7. pr. C. *eod.*
(51) L. 9. pr. D. *eod.*
(*) *G. Noodt* de foenore et usuris libri III. L. B. 1698. 4.
(1) *Non. Marcelius* V. 70.; Vetus grammaticus in Gothofredi auct. ling. lat. p. 1342. Lin. 9. seg. p. 1373. lin. 20. seg. Talvolta *foenus* si adopera eziandio per gli stessi interessi L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(2) L. 58. § 2. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 16. C. *de usur.* (4. 32.) L. 16. § 6. D. *de pignor.* (20. 1.)
(3) L. 13. § 20. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 15. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. un. § 2. 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) Nov. 34. c. 1. Presso Isidoro Orig. V. 25. *usurae* vien derivato da *usus aeris.*
(4) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 26. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. L. 34. D. *de usur.* (22. 1.) L. 121. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 26. pr. C. *de usur.* (4. 32.)
(5) L. 23. C. *eod.*
(6) L. 14. L. 16. C. *eod.* L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. § 3. L. 11. § 1. D. *de pignor.* (20. 1.)

1.° Una convenzione, al che veramente nelle obbligazioni di buona fede è sufficiente un *pactum adjectum* (7), mentre nelle obbligazioni di stretto dritto, e per conseguenza anche nel mutuo di danaro è necessaria una stipulazione, perchè ne risulti una pretensione civilmente valida (8). Alla promessa mediante convenzione equivale anche una pollicitazione, allorchè questa è obbligatoria (9), come pure un legato da parte del debitore (10), e secondo le Costituzioni di Settimio Severo e Caracalla il pagamento degl'interessi eseguito per più anni da parte del testatore, per rapporto a' suoi eredi o altri successori universali, fa presumere una convenzione sugl' interessi (11).

2.° Nondimeno in più casi possono richiedersi gl' interessi anche senza convenzione o altro negozio civile, *officio judicis praestantur*, parte come risarcimento di danno (12), parte in pena del debitore (13), e parte per semplici cagioni di equità (14). In questi casi, che tutti si riferiscono alla categoria delle *obligationes ex maleficio ed ex variis*

(7) L. 24. D. *depos.* (16. 3.) L. 10. § 4. L. 34. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(8) Paul. S. R. II. 14. pr.; L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 5. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 10. § 4. D. *mandati* (17. 1.) L. 3. L. 7. C. *de usur.* (4. 32.) L. 6. C. *si cert. pet.* (4. 2.). La ritenzione degl'interessi già pagati anche qui vien fondata sul semplice *pactum* L. 3. L. 4. L. 7. L. 14. C. *de usur.* (4. 32.)

(9) L. 10. D. *de pollicit.* (50. 12.) V. appresso § 283.

(10) L. 3. § 6. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(11) L. 6. D. *de usur.* (22. 1.). *Muller* tratt. civ. Giessen 1833. n.6. Non si oppone la L. 7. C. *eod.*, la quale non vuol dir altro, se non che l' adempimento più volte ripetuto di un *pactum de usuris* non lo rende civilmente esigibile. Hanno diverse opinioni sulla L 6. cit. *Leyser* med. ad pand. spec. 243. med. 7. 9.; *Schweppe*, Dritto Romano privato § 194.; *Gesterding* Errori antichi e moderni dei Giureconsulti n. 1.; *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XXI. p. 51. seg.; *Unterholzner* nella prescrizione vol. II. § 253.

(12) *Usurae morae* L. 17. § 4. L. 32. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 5. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4. 54.) *Usurae pupillares* L. 15. D. *de adm. tut.* (26. 7.); Paul. II. 14. § 6.; tit. C. *de usur. pupill.* (5. 56.). *Usurae rei judicatae* L. 1. L. 2. C. *de usur. rei judic.* (7. 54.). *Usurae ex negotiorum gestione* L. 31. § 3. L. 37. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 24. C. *de usur.* (4. 32.)

(13) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de usur. pupill.* (5. 56.)

(14) L. 2. L. 35. D. *de usuris* (22. 1.) L. 17. § 5. L. 43. D. *eod.* L. 26. § 1. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) L. 87. § 1. D. *de legat* II. (31.) L. 3. C. *in quib. caus. in integr. rest.* (2. 41.) L. 5. C. *de act. empti* (4. 49.) L. 13. § 20. 21. D. *eod.* (19. 1.) L. 18. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) L. 6. § 12. L. 7. L. 19. § 4. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 5. D. *de in rem verso* (15. 3.) L. 10. § 3. L. 12. § 9. D. *mandati* (17. 1.)

causarum figuris, è indispensabile una determinazione legale degl' interessi dovuti. Ma anche per gl' interessi convenzionali la misura non è interamente lasciata all' arbitrio (15). Per questa determinazione, che ora si suol chiamare ragione legale degl' interessi, si prende a base l' ordinario modo che i Romani adoperavano nel computare le frazioni, dividendo l' unità *As* in dodici once (16). Il più alto interesse permesso nelle dodici Tavole era il *foenus unciarium*, cioè la dodicesima parte dell' ammontare del capitale per ogni anno, cioè l' 8 1/3 per 100. (17). Ma sebbene fossevi la pena del quadruplo pel creditore che oltrepassasse questa misura (18), pure fu necessario che una *lex Duilia Maenia* Anno di Roma 398. inculcasse l' osservanza del *foenus unciarium* (19). Per un Senatoconsulto, Anno di R. 408, il *foenus unciarium* fu ridotto a *foenus semiunciarium* cioè al 4. 1/6 per 100. (20), e si vuole che una *Lex Genucia*, Anno di R. 413, proibisse anche interamente di ricevere interessi (21). Ma ad ogni modo ciò non ebbe durata; imperocchè le querele dei cittadini poveri intorno all' oppressione usuraria non cessarono, e le restrizioni dell' usura erano deluse facendo comparire come creditori i peregrini, che non erano a quelle restrizioni sottoposti, finchè una *Lex Sempronia*, Anno di R. 559, per porvi un rimedio dispose che i confederati in rapporto ai mutui in denaro

(15) L. 3. § 6. D. *de annuis leg.* (33.1.)

(16) Le denominazioni per queste parti sono · *Uncia* 1/12., *sextans* 1/6 — 2/12., *quadrans* 1/4 — 3/12, — *triens* 1/3. — 4/12., *quincux* 5/12., *semis* 1/2 — 6/12., *septunx* 7/12, *bes* (bis triens) 8/12., *dodrans* (deest quadrans) 9/12., *decunx* s. *dextans* (deest sextans) 10/12., *deunx* (deest uncia) 11/12., as 12/12. Varro de L. L. IV. 36.

(17) Tacit. ann. VI. 16.; *Niebuhr* prima edizione vol. II. p. 431., seconda ed. vol. III. p. 61. La congettura di *Niebuhr* che il *foenus unciarium* fosse stato prescritto soltanto per l' antico anno romuleo di dieci mesi, e che quindi nell' anno di dodici mesi si fosse potuto esigere un 1/10. del capitale ovvero il 10 per 100., il che sarebbe ben corrispondente al rapporto di tutti e due questi anni, trova molto appoggio nelle azioni sopra gl' interessi gravosi del tempo antico. Nondimeno in questo modo non ne risultano interessi sufficientemente alti per giustificare l'opinione, che originariamente gl' interessi avessero contenuto nel tempo stesso una successiva soddisfazione del capitale. Siffatta opinione sta ancora in connessione col falso supposto che fino alla *lex Poetelia* (§ 129.) i debiti fossero stati strettamente personali, e non avessero nè potuto esigersi per via di espropriazione sul patrimonio del debitore, ne passare agli eredi, nel che bisognerebbe ignorare le prescrizioni delle dodici Tavole sulla divisione dei debiti fra gli eredi.

(18) Cato de re rust. prooem.

(19) Liv. VII. 16.

(20) Liv. VII. 27. ; Tacit. l. c. Forse questa legge potrebbe chiamarsi *lex Manlia Plautia*, perchè i Consoli di quell' anno si chiamavano T. Manlio Torquato e L. Plauzio.

(21) Liv. VII. 42.; Tacit. l. c. Confr. Appian. de bello civ. I. 54.

dovessero esser trattati con gli stessi principii che i Romani (22). Nel settimo secolo l'usanza dei Greci di pagare gl'interessi a mese fu introdotta anche in Roma, su di che un Senatoconsulto intorno all'anno di R. 700. stabilì come il più alto interesse mensuale le *usurae centesimae*, cioè 1. per 100. e per conseguenza 12. per 100. all'anno(23), e dopo quel tempo la centesima che si pagava per ogni mese divenne l'As, che si prendea più volte, o si dividea in once per esprimere un interesse più alto o più basso (24). Rispetto ai debitori peregrini per verità non era necessario attenersi a quel *maximum*, anzi si esigevano da costoro *binae*, *ternae*, ed anche *quaternae centesimae* al mese (25); ma tra' Cittadini Romani le *usurae centesimae* continuarono fino a Giustiniano ad essere il più alto interesse che fosse lecito (26). Solo per la *pecunia trajectitia*, cioè per un capitale prestato per una intrapresa pericolosa , col patto che si dovesse restituire nel solo caso che l'intrapresa riuscisse (27), gl'interessi, che in tal caso eran chiamati *foenus nauticum* s. *usurae maritimae*, non erano punto limitati (28). Costantino vi aggiunse anche l'eccezione che nei prestiti di frumento per ogni due misure si potesse a titolo d'interessi esigerne una terza (29), e Graziano , che le *usurae rei judicatae* fissate da Caracalla al 12 per 100 (30), dovessero portarsi al 24. per 100 all'anno (31); al contrario Arcadio ed Onorio proibirono ai Senatori di prendere più del mezzo

(22) Liv. XXXV. 7.

(23) Cic. ad Attic. v. 21.: « Sctum modo factum in creditorum causa, ut centesimae perpetuo foenore ducerentur.».

(24) Così chiamansi *binae*, *ternae*, *quaternae*, *quinae centesimae* il 24. 36. 48. 60. per 100. l'anno; per contrario *usurae quadrantes* il 3. per 100., *usurae trientes* il 4. per 100., *usurae quincunces* il 5. per 100., *usurae semisses* il 6. per 100. ; *usurae besses* l'8. per 100. all'anno.

(25) Cic. ad Attic. V. 21., VI. 1. 2.; Ascon. ad Or. pro C. Cornel. in Argum.

(26) Paul. II. 14. § 2. 4.; Fragm. Vat. § 11.; L. 8. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. L. 2. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(27) L. 1. L. 3. L. 4. L. 5. pr. D. *de naut. foen.* (22. 2.) L. 1. L. 3. L. 4. C. *eod.* (4. 33.) *Hudtwalcker* diss. de foen. naut. Rom. Hamb. 1810. 8. Nella prima guerra punica lo stato Romano medesimo fece un prestito di questo genere per la costruzione di una flotta Polyb. I. 59.

(28) Paul. II. 14. § 3.; L. 4. pr. L. 5. L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* Non si oppone la L. 4. § 1. D. *eod.*

(29) L. 1. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(30) L. 1. C. *de usur. rei judic.* (7. 54.)

(31) L. un. C. Th. *de usur. rei jud.* (4. 19.)

per 100 al mese (32). Finalmente Giustiniano ridusse di molto la misura degl' interessi.

1.° Gl'interessi convenzionali per regola non possono oltrepassare il 6. per 100. (1/2 centesima al mese) (33). Le *personae illustres* non possono stipulare oltre al 4. per 100. (1/3 centesima al mese) (34). Ma i mercanti l' 8. per 100. (2/3. centesima al mese) (35). Pel *foenus nauticum* è tuttora permesso il 12. per 100. (centesima al mese (36.), e lo stesso è pei mutui che non consistono in danaro « *species foenori datae* » (37). Dai coloni per un prestito di danaro non si può esigere più di una *siliqua* di un *solidus* (4. per 100) ma per un mutuo di frumento 1/8 del capitale (12. 1/3 per 100.) all' anno (38).

2.° La quantità dell' interesse legale generalmente si regola sulla misura degl'interessi che corrono nel paese (39), purchè questi non superino la misura legale (6. per 100.) (40). Nondimeno il Fisco prende sempre il 6 per 100 (41). In un pajo di casi possono anche per pena imporsi i più forti interessi che regolarmente siano permessi (42), per conseguenza ora sempre il 6 per 100. (43), e le *usurae rei judicatae* sono specialmente fissate al 12 per 100. (44). Nondimeno ci hà anche alcuni

(32) L. 4. C. Th. *de usur.* (2. 33.)

(33) L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(34) L. 26. § 1. C. cit.

(35) L. 26. § 1. C. cit. Nov. 136. c. 4.

(36) L. 26. § 1. C. cit. La disposizione posteriore della Nov. 106. fu anch' essa abolita di poi dalla Nov. 110.

(37) L. 26. § 1. C. cit.

(38) Nov. 32. c. 1. Nov. 34. c. 1.

(39) L. 38. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. pr. L. 37. D. *de usur.* (22. 1.) L. 7. § 10. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 3. § 1. D. *de contr. tut. jud.* (27. 3.) L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(40) L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.) Confr. L. 10. § 3. D. *mand.* (17. 1.)

(41) L. 17. § 6. D. *de usur.* (22. 1.) L. 3. C. *de fiscal. usur.* (10. 8.)

(42) Questi casi sono esclusivamente quando un *negotiorum gestor*, ovvero un tutore occultamente ha impiegato per sè il danaro L. 38. D. *de negot. gest.* (3.5.) L. 7. § 10. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 1. C. *de usur. pupill.* (5. 56.), e quando si debbono rimborsare ad un compoprietario le spese fatte per la riparazione di una casa comune L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2.)

(43) È inesatto quando si eccettua dalla regola della L. 26. § 1. C. *de usuris* il caso contenuto nella L. 4. C. *de aedif. priv.* (5. 10.), imperocchè le *usurae centesimae* nella L. 4. C. cit. non sono se non ciò che altrimenti chiamasi *usurae maximae*, i più alti interessi che sieno permessi.

(44) L. 2. L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 54.)

casi, nei quali è dovuto solo il 4. per 100. (45). Oltre a queste prescrizioni sopra la misura degl'interessi s'incontrano due altre limitazioni:

1.° Sugl'interessi non solo non possono esigersi nè interessi moratorii, nè *usurae rei judicatae*, ma non si possono neppure validamente convenire altri interessi (46). Certamente secondo il dritto più antico ciò era permesso; quando gl'interessi si riunivano al capitale, e la convenzione riguardava interessi già scaduti, e non già anticipatamente interessi futuri (47); ma Giustiniano rigettò anche questa convenzione (48).

2.° Il creditore non può richiedere per interessi più dell'ammontare del capitale (49). Questo principio, la cui origine è ignota, da prima valse solo per gl'interessi arretrati (50). In questa applicazione per verità esso riguardava anche gl'interessi che si fossero stipulati (51), ed il *foenus nauticum* (52); ma esso pativa però una eccezione, allorchè un pegno costituito bastava per soddisfare una somma maggiore (53). Ma Giustiniano non solo abolì questa eccezione (54), ma estese eziandio quella limitazione a tal segno, che, ogni volta che gl'interessi pagati agguagliassero il capitale, il creditore non potesse più domandare interessi (55), il che fu una disposizione tanto sconvenevole, che Giustiniano si vide obbligato pel bene delle Città di eludere la sua stessa dispo-

(45) L. 3. § 1. D. *de contr. tut. jud.* (27. 3.) L. 12. pr. D. *de hered. pet.* (3. 31.) L. 31. § 2. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. § 7. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.) Nov. 2. c. 4. Nov. 22. c. 44. § 4.

(46) L. 29. D. *de usur.* (22. 1.) L. 27. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 20. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.) L. 3. C. *de usur. rei jud.* (7. 57.)

(47) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(48) L. 28. C. *de usur.* (4. 32.)

(49) Se ciò ordinariamente si esprime in questo modo, che il creditore non possa richiedere più del doppio (Nota 50-55.), in questo modo di dire si computa il capitale. L'espressione che ora è in uso, che non si possa richiedere *ultra alterum tantum* non si trova nelle fonti.

(50) L. 10. L. 27. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(51) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(52) L. 4. § 1. D. *de foen. naut.* (22. 2.)

(53) L. 27. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(54) L. 27. § 1. C. cit.

(55) L. 29. L. 30. C. *eod.* Nov. 121. c. 2. Nov. 138. Tutti questi luoghi non sono glossati. Del resto non si dee disconoscere che questi luoghi, e la famosa L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) hanno per fondamento la medesima idea, cioè che gl'interessi non possono superare l'ammontare del capitale; imperocchè anche nella L. un. C. cit. mi pare che così si debba intendere la *dupli quantitas*, il che non ho espresso con abbastanza precisione nel § 43. Confr. L. 44. D. *de act. empti* (19. 1.)

sizione mediante una sottile spiegazione (56). Tutte le convenzioni che vanno contro le legali limitazioni degl' interessi, ovvero tendono ad eluderle, sono invalide (57), e se sieno già pagati interessi illegittimi, il debitore può allora ritenerli sul capitale (58), e se anche questo sia stato già pagato, può domandarli indietro (59). Inoltre chi ha esercitato l'usura diviene infame (60). Ma chi volontariamente ha pagato interessi sopra un capitale, quando non eravi tenuto, non ha per questo il dritto di ripeterli (61), ancora è permesso di pagare anticipatamente gl'interessi, ma allora il creditore non può richiedere il capitale prima di trascorrere il tempo, pel quale si ha ricevuto gl' interessi (62). L'obbligazione degl'interessi si estingue:

1.° Mediante l'estinzione del debito principale, e per ciò che riguarda gl'interessi futuri, l'obbligazione si estingue assolutamente, ma per gl'interessi arretrati, nel caso che la somma dovuta sia depositata, non si estingue che quando sieno depositati anche gl' interessi (63), e nel caso di altro modo di estinzione, non si estingue che quando si tratta semplicemente d' interessi legali, cosicchè per essi non vi sia luogo ad alcuna azione per sè sussistente. (64).

2.° Per l'esistenza di un' eccezione perentoria contro il debito principale (65). La prescrizione dell' azione, secondo la decisione di Giustiniano, ha qui anche l'effetto che non possano richiedersi neppure gl'interessi scaduti durante il corso della prescrizione (66).

(56) Nov. 160.

(57) L. 13. § 26. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. pr. L. 44. D. *de usur.* (22. 1.), Fragm. Vat. § 11. Non si oppone la L. 27. D. *de re jud.* (42. 1.)

(58) Paul. II. 14. § 2. L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.)

(59) Paul. II. 14. § 2. 4.; L. 26. § 1. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 18. C. *de usur.* (4. 32.)

(60) L. 20. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (2. 12.)

(61) L. 26. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) Confr. anche L. 3. L. 4. L. 7. L. 14. C. *de usur.* (4. 32.)

(62) L. 2. § 6. D. *de doli exc.* (44. 4.). Non si oppone la L. 26. § 1. C. *de usur.* (4. 32.), la quale solo proibisce ai creditori di dedurre anticipatamente gl' interessi dal mutuo.

(63) L. 1. § 3. L. 7. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. L. 9. C. *eod.* (4. 32.)

(64) L. 49. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)

(65) L. 40. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(66) L. 26. pr. C. *de usuris* (4.32.) L. 8. § 4. C. *de praescr. 30. ann.* (7.39.). Questa disposizione non può esser ristretta, come alcuni vorrebbero, agl' interessi non stipulati, giacchè allora sarebbe superflua, essendochè siffatti interessi non si possono richiedere che col capitale, ma evidentemente qualche cosa ha dovuto essere ordinata, che non s' intendeva da sè.

3.° Per la condanna del debitore. Per questo mezzo si arresta sempre il corso degl' interessi, sebbene posteriormente possano cominciare a correre nuovi interessi, le *usurae rei judicatae* (67); ma cessa perfino il dritto agl' interessi arretrati, se si tratti di interessi legali, e nella sentenza non se ne sia fatta menzione (68).

4.° Per la rinuncia del creditore, la quale relativamente agl'interessi arretrati, secondo un Rescritto di Antonino Pio, si dee presumere allorchè il creditore avvertitamente per più anni non ha chiesti interessi (69), e relativamente agl' interessi futuri si presume almeno in parte, quando il creditore per più anni si ha ricevuto interessi minori di quei che gli eran dovuti (70).

5.° Per la circostanza che gl' interessi hanno agguagliato l'ammontare del capitale (71);

6.° Per gl' interessi moratorii, allorchè cessa la mora del debitore, il che nondimeno per regola non lo libera da quelli, che sono già decorsi (72).

2) *Del comodato* (*).

§ 255. Un secondo contratto reale è il comodato, quando cioè si dà gratuitamente una cosa speciale per usarne, a condizione che sia restituita la medesima e non già altra cosa simile.

In questo contratto (1) colui che dà chiamasi *commodans s. commodator*, colui che riceve, *commodatarius*. Siccome si dee restituire la stessa cosa data, così la proprietà non passa nel comodatario (2), il quale per tal ragione non porta il rischio del *casus*, quando non se l'abbia ad-

(67) L. 3. pr. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 13. C. *eod.* (4. 32.) L. 3. C. *de usuris rei jud.* (7, 56.)

(68) L. 13. C. *de usur.* (4. 32.) L. 4. C. *depositi* (4. 34.)

(69) L. 6. § 12. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L 17. § 1. D. *de usuris* (22, 1.)

(70) L. 13. pr. D. *eod.* L. 5. L. 8. C. *eod.* (4. 32.)

(71) V. Nota 49-55.

(72) L. 17. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 73. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.). Deesi fare un'eccezione, quando il debito è stato estinto, senza che il creditore abbia dumandati gl' interessi, secondo la Nota 64.

(*) *Schmidt* il Comodato ed il Precario Lipsia 1841. 8.

(1) § 2. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 12. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(2) L. 8. L. 9. D. *commod.* (13. 6.)

dossato, o non abbia pel suo abuso dato occasione al *casus* (3). Per la medesima ragione il comodato propriamente non ha luogo se non per quelle cose, di cui si può usare senza consumarle, a meno che una cosa che si consuma coll'uso non sia stata prestata per uno scopo, il quale sia possibile di ottenere senza consumarla (4). Pare che in origine il comodato fosse ammesso per le sole cose mobili, e che il godimento delle cose immobili gratuitamente conceduto fosse stato sempre riguardato come *precarium*; ma siccome per effetto di principii più recenti il comodato può riguardare anche immobili, i quali allora appellansi in preferenza *res ad utendum datae*, e d'altra parte il *precarium* può riguardare anche le cose mobili (5), così non si possono questi due rapporti giuridici altramente distinguere che dal vedere se la consegna di una cosa per usarne gratuitamente sia fatta per un determinato tempo o per un determinato scopo, in guisa tale che prima del decorrimento di questo termine, o del conseguimento di questo scopo non si debba ammettere la domanda di restituzione, ovvero se colui, che ha dato la cosa, si abbia riservato la facoltà di riprenderla a suo talento (6). Non vi è alcuna manifesta ragione per sostenere l'ipotesi che gli antichi Romani generalmente non avessero conosciuto il comodato nel senso che abbiamo esposto, ma che anche per la concessione del semplice godimento si fosser serviti della *Fiducia* (7). Dal comodato risulta l'*actio commodati directa et contraria* (8), la quale in entrambe le applicazioni è di buona fede (9). 1) L'*actio directa*, nella quale può farsi uso del giuramento estimatorio (10), compete al comodante contro il comodatario, senza distinzione se quegli sia o no proprietario (11), ed essa tende: A. alla restituzione della cosa insieme con le pertinenze e coi frutti (12), solo però dopo finito il godimento che se n'è conceduto (13), salvo allorchè

(3) § 2. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 3. 4. 7. 8. L. 18. pr. L. 19. L. 20. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. C. *eod.* (4. 23.)

(4) L. 3. § 6. L. 4. D. *eod.* L. 55. D. *de solut.* (46. 3.)

(5) L. 1. § 1. L. 19. D. *commod.* (13. 6.) L. 4. pr. D. *de precar.* (43. 26.)

(6) L. 5. pr. L. 17. § 3. D. *commod.* (13. 6.) L. 2. L. 3. C. *eod.* Confr. con L. 1. pr. L. 12. pr. D. *de precar.* (43. 26.) Paul. S. R. V. 6. § 10.

(7) V. § 229. Nota 12. Questa ipotesi presuppone una stupidezza e goffaggine nei più semplici rapporti della vita giornaliera, la quale certamente sarebbe senza esempio.

(8) L. 1. pr. L. 17. § 1. 3. L. 18. § 4. L. 22. D. *commod.* (13. 6.)

(9) L. 3. § 2. D. *eod.* § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(10) L. 3. § 2. D. cit. Confr. con L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)

(11) L. 15. L. 16. D. *commod.* (13. 6.)

(12) L. 5. § 9. 13. D. *eod.* L. 38. § 10. D. *de usur.* (22. 1.)

(13) L. 5. pr. L. 17. § 3. D. *commod.* (13. 6.) L. 3. C. *eod.* (4. 23.)

il comodatario non possa o non voglia usarne (14); B. al pagamento del valore, allorchè il comodatario per sua colpa non può restituire la cosa, ma con ciò egli ottiene anche la proprietà della medesima (15); e C. al risarcimento dei danni e delle spese (16), nel che il comodatario è risponsabile per la menoma colpa (17), e per conseguenza è tenuto anche alla *Custodia* (18). Più comodatarii son tenuti solidalmente (19), ma più coeredi, solo in quanto l'erede convenuto possegga la cosa medesima (20). 2) Per contrario il comodatario ha l'*actio commodati contraria* A. pel rimborso delle spese necessarie ed utili, che non sono state cagionate da sua colpa, o non sono state rendute necessarie per l'uso medesimo della cosa (21); B. pel ristoro del danno, che egli per cagione della cosa prestata ha patito, quando ciò possa imputarsi a dolo o almeno a grave negligenza del comodante, ma non oltre il prezzo della cosa prestata (22); e C. per la restituzione della cosa o del suo valore, quando questo sia stato rimborsato al comodante, e quella di poi sia nuovamente pervenuta nelle mani del medesimo (23). Se il comodatario ha tralasciato di opporre in compensazione i suoi crediti, quando egli l'avrebbe potuto, ciò non esclude l'*actio contraria* (24), del parì che non la esclude la circostanza che il comodante non abbia per avventura fatto uso dell'*actio directa* (25), ma quì non ha luogo il giuramento estimatorio (26). Del rimanente, sebbene il comodato per regola abbia lo scopo di una liberalità verso il comodatario (27), nondimeno può anche esser fatto pel vantaggio del comodante, ed allora si cambia la rispon-

(14) L. 5. § 12. D. *eod.*

(15) L. 5. § 1. L. 13. pr. L. 17. § 5. D. *eod.*

(16) L. 3. § 1. 5. L. 5. § 12. L. 10. pr. D. *eod.*

(17) L. 5. § 2. 15. L. 18. pr. D. *eod.* L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(18) L. 5. § 5. 13. 14. L. 7. L. 10. § 1. L. 18. pr. D. *commod.* (13. 6.). Non si oppone la L. 5. § 6. D. *eod.*, giacchè essa parla di schiavi, e la L. 19. D. *eod.*, giacchè essa si deve intendere degl'immobili, come si dimostra dal confronto della L. 1. § 1. D. *eod.*

(19) L. 5. § 15. L. 6. L. 7. D. *eod.*

(20) L. 3. § 3. L. 17. § 2. D. *eod.*

(21) L. 18. § 2. D. *eod.*

(22) L. 17. § 3. L. 18. § 3. L. 21. pr. L. 22. D. *eod.* L. 63. § 6. D. *de furtis.* (47. 2.)

(23) L. 17. § 5. D. *commod.* (13. 6.)

(24) L. 18. § 4. D. *eod.*

(25) L. 17. § 1. D. *eod.*

(26) L. 5. pr. D. *depositi* (16. 3.)

(27) L. 5. § 2. L. 17. § 3. D. *eod.*

sabilità per la colpa, giacchè in questo caso il comodatario risponde solo per la colpa grave, ed il comodante al contrario anche per la lieve (28).

3) *Del deposito.*

§ 256. Ai contratti reali appartiene inoltre il contratto di deposito, *depositum* s. *commendatum*, quando cioè si dà e si accetta una cosa per custodirla (1), e qui colui che dà chiamasi *deponens* s. *depositor*, colui che riceve, *depositarius* (2), sebbene quest' ultima espressione si adoperi talvolta anche pel primo (3). Ordinariamente nell'accettazione del deposito si scorge un favore ed una officiosità del depositario (4); nondimeno esso può anche esser fatto per sua propria utilità, in quanto si abbia l'animo di rendergli possibile condizionatamente il godimento o l'uso della cosa (5); si ammette eziandio la promessa di una ricompensa per la custodia, purchè questo compenso non sembri essere una proporzionata e propria mercede (6), giacchè allora ne risulta una locazione di opere (7). Gl'immobili non possono essere oggetto di deposito (8), ma è poi indifferente se le cose sian fungibili o no, animate o inanimate (9). La proprietà non passa in niun caso nel depositario (10), e però anche le cose fungibili regolarmente debbono restituirsi *in specie* (11), e il deponente può anche rivendicarle (12). Se il depositario

(28) L. 5. § 10. L. 10. § 1. L. 12 pr. L. 18. pr. D. *eod.*

(1) § 3. J. *quib. mod. re.* (3. 14.) L. 1. pr. L. 24. D. *depos.* (16. 3.); Collat. X. c. 7. § 4.

(2) L. 1. § 37. D. *eod.* L. ult. C. *eod.* (4. 34.) L. 19. C. *de usur.* (4. 32.)

(3) L. 7. § 2. 3 D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.). Si dice ugualmente res depositas habere, tanto l'avere le cose in custodia L. 38. § 9. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 13. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.), quanto anche l'aver dato le cose in custodia ad altri Cic. ad fam. XIII. 56.: L. 28. § 8. D. *de liber. leg.* (34. 3.) L. 2. C. *de usur.* (4. 32.)

(4) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(6) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. § 2. D. *Commod.* (13. 6.)

(7) § 13. J. *mandati* (3. 27.) L. 1. § 8-10. D. *depos.* (16. 3.)

(8) Il *mandatum de re custodienda* che è possibile per gl' immobili è da trattarsi secondo altri principii L. 1. § 12. 13. D. *eod.* L. 5. § 4. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(9) L. 1. § 9. 10. 35. 36. 40. 41. L. 7. pr. L. 33. D. *depos.* (16. 3.) L. 8. C. *eod.* (4. 34.)

(10) L. 17. § 1. D. *eod.* L. 8. C. *eod.*

(11) L. 1. § 34. 35. 40. D. *eod.*

(12) Collat. X. c. 8. § 1.; L. 33. D. *eod.* L. 8. C. *eod.* L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

acquista in altra guisa la proprietà, ciò non lo libera (13), salvo nel caso che abbia pagato il prezzo della cosa (14). Ma se la cosa depositata di già gli appartiene, allora il deposito è perfettamente nullo (15). Come dal comodato, così pure dal deposito risulta un'*actio directa*, e un' *actio contraria*, le quali sono amendue di buona fede (16).

1.° L'*actio depositi directa*, che appartiene al deponente, la quale allorchè il depositario ha depositato ulteriormente la cosa, non solo da lui, ma *utiliter* anche dal primo deponente può contro l' attuale detentore esser promossa (17), senza che per questo il primo depositario resti liberato (18), secondo le 12 Tavole apparteneva generalmente alle azioni, nelle quali *lis infitiando crescit in duplum* (19). Nondimeno l'editto del Pretore ha ristretto ciò al caso del così detto *depositum miserabile*, allorchè le cose sono state depositate in caso di necessità e di pericolo (20), ed oltre a ciò ha in questo del tutto liberato gli eredi dal pagamento del doppio (21). Ma per contrario il medesimo editto ha aggiunto all'azione la qualità di essere infamante (22). Oltre a ciò per parecchi altri rapporti s'incontra un rigore speciale contro il convenuto. Imperocchè non solo è ammesso il giuramento estimatorio (23), ma Giustiniano ha eziandio pienamente rigettato in questo caso la compensazione (24), ed ha vietato l'impugnazione delle scritture sopra la ricevuta di un deposito, quando sieno sottoscritte da tre testimoni, i quali assicurino la legittimità del documento (25). Le obbligazioni del depositario, che con quest' azione si possono far valere son le seguenti: 1) le cose depositate, subitochè son richieste debbono restituirsi a spese del deponente insieme coi frutti e con le pertinenze (26), tra le quali però non si annoverano le cose, che casualmen-

(13) L. 3. D. *depos.* (16. 3.)
(14) L. 30. D. *eod.*
(15) L. 15. L. 31. § 1. D. *eod.*
(16) L. 1. § 23. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(17) Collat. X. c. 7. § 8.
(18) L. 16. D. *eod.*
(19) Collat. X. c. 7. § 11.
(20) § 23. 26. J. *de act.* (4. 6.) L. 1. § 1-4. D. *depos.* (16. 3.)
(21) L. 18. D. *eod.*
(22) L. 1. § 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2) L. 10. C *depos.* (34. 4.)
(23) L. 1. § 26. D. *depos.* (16. 3.)
(24) L. 11. C. *eod.* L. 14. § 1. C. *de compens.* (4. 31.)
(25) Nov. 73. c. 1. Non ci è bisogno di notare che in ciò non si contiene un riconoscimento di una propria *exceptio non numerati depositi*, più che nella L. 14. § 1. C. *de non num. pecun.* (4. 30.)
(26) § 3. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 1. § 21. 22. 24. 40. 41. 45. L. 12. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 38. § 10. D. *de usur.* (22. 1.)

te si trovano in esse (27); 2) si dee risarcire la perdita e il danno delle cose, come anche le spese, alle quali si è dato occasione, ma solo allorchè vi è un dolo o una grave negligenza del depositario (28), giacchè egli non risponde della colpa lieve (29), se non quando l'abbia promesso (30), ovvero quando egli medesimo siasi offerto a custodir la cosa (31), ovvero abbia ricevuto il deposito a suo proprio vantaggio (32), o ne abbia ricevuta una mercede (33); 3) da ultimo si dee risarcire il danno per la mora, e per conseguenza per le cose fungibili si debbono anche pagare gl' interessi moratorii (34). Se sono più i depositarii, tutti sono solidalmente risponsabili, ma non già per una colpa, che sia imputabile soltanto ad uno (35); per contrario se son più i deponenti, trattandosi di cose divisibili, ciascuno ha dritto solo ad una parte, purchè non siasi convenuto il contrario, o non si tratti di cose sequestrate (36). Per gli eredi la cosa in certo modo va al contrario, giacchè più eredi di un depositario regolarmente non sono tenuti se non *pro rata* (37); mentre di più eredi del deponente non solamente ciascuno può richiedere la sua parte, ma la maggioranza dei medesimi prestando cauzione può eziandio domandare l'intero (38).

2.° Dall'altro lato il depositario ha l'*actio depositi contraria* pel rimborso delle sue spese, pel ristoro dei danni sofferti per colpa del deponente, il quale in tal caso è responsabile per la colpa più lieve e pel pagamento della promessa mercede (39); ma in questo non si ammette giuramento estimatorio (40). S' incontrano dei principii speciali allorchè, essendo depositate cose fungibili, non si è veramente convenuto che que-

(27) L. 1. § 5. D. *depos.* (16. 3.)

(28) L. 1. § 6. 7. 16. 20. 25. L. 34. D. *eod.* Non si oppone la collat. X, c. 9. § 1.; L. 12. § 3. L. 14. § 1. D. *eod.*

(29) § 3. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 1. § 10. 47. D. *depos.* (16. 3.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(30) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 1. C. *depos.* (4. 34.) L. 1. § 6. D. *eod.*

(31) L. 1. § 35. D. *eod.*

(32) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(33) L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.)

(34) L. 24. L. 25. § 1. L. 29. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 2-4. C. *eod.*

(35) L. 1. § 43. D. *eod.*

(36) L. 1. § 31. 36. 44. L. 6. L. 17. pr. D. *eod.*

(37) L. 7. § 1. L. 9. L. 10. L. 18. L. 22. D. *eod.*

(38) L. 1. § 36. L. 14. pr. D. *eod.* L. 12. C. *eod.*

(39) L. 5. pr. L. 8. L. 12. pr. D. *eod.* L. 2. § 24. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 31. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 63. § 5. D. *de furt.* (47. 2.)

(40) L. 5. pr. D. *depos.* (16. 3.)

ste debbano ritenersi come prestate, nel qual caso ne risulterebbe immediatamente un mutuo (41), ma nondimeno si è pattuito che il depositario abbia la facoltà d'impiegarle per sè, e per conseguenza di restituirne soltanto una qualità e quantità eguale (42), il qual permesso, allorchè le cose fungibili sono state consegnate senza esser suggellate o chiuse, s'intende di per sè (43), ed allora possono pattuirsi anche degl' interessi (44). Questo rapporto, che ora si suole indicare come *depositum irregulare*, rimane tuttavia deposito (45), e però la promessa degl' interessi non ha mestieri di alcuna stipulazione (46), e le cose, finchè non sono state adoperate e spese possono esser rivendicate (47); ma il pericolo passa nel depositario, come se le cose a lui si appartenessero (48), mentre in altro caso egli non ne porta il rischio, se non nel caso che se l'abbia addossato, ovvero dopo la contestazione della lite (49). Parecchie singolarità han parimente luogo nel sequestro, il quale va sempre congiunto col deposito della cosa sequestrata, senza far distinzione se le parti medesime o il Giudice abbia consegnata la cosa al sequestratario (50). Il sequestratario qui ottiene il possesso civile, e niuna delle parti si ha come possessore, quando non siasi convenuto che il possesso del sequestratario debba computarsi pel vincitore come possesso di usucapione (51). È anche da osservare che l' *actio depositi sequestraria*, chè così chiamasi l'azione che ne risulta, non può essere intentata se non dopo la decisione della lite intorno alla cosa (52), ed allora il vincitore si dee ritenere come il solo deponente (53). Nondimeno il Giudice sulla

(41) L. 9. § 9. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 34. pr. D. *mandati* (17. 1.)

(42) L. 4. pr. L. 10. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 1. § 34. L. 24. L. 25. § 1. L. 26. § 1. L. 28. L. 29. § 1. D. *depositi* (16. 3.)

(43) L. 25. § 1. L. 28. L. 29. pr. D. *eod.* L. 31. D. *locati* (19. 2.)

(44) L. 7. § 2. L. 24. L. 26. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(45) L. 10. D. *de reb. cred.* (12 1.) L. 1. § 34. L. 25. § 1. L. 28. L. 29. § 1. D. *depos.* (16.3.)

(46) L. 24. L. 26. § 1. L. 28. D. *eod.*

(47) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss* (42. 5.)

(48) L. 4. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.); *collat.* X. c. 7. § 9.

(49) L. 1. § 35. L. 12. § 3. L. 14. § 1. D. *depositi* (16. 3.)

(50) L. 5. § 1. 2. L. 6. L. 7. pr. L. 17. D. *depos.* (16. 3.) L. 18. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. § 1. D. *ut legat.* (36. 3.) L. 110. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 21. § 3. D. *de appellat.* (49. 1.)

(51) L. 17. § 1. D. *depos.* (16. 3.) L. 39. D. *de adq. poss.* (41. 1.)

(52) L. 9. § 3. D. *de dolo* (4. 3.) L. 12. § 2. L. 33. D. *depositi* (16. 3.)

(53) L. 6. D. *eod.*

richiesta del sequestratario può anche prima permettergli di restituire la cosa ad una delle parti,quando egli non voglia più lungamente ritenerla (54).

4) *Contratto di pegno.*

§ 257. L'ultimo contratto reale è il contratto di pegno *contractus pignoratitius*, che si fa col dare in potere del creditore un pegno sia di cosa mobile, sia di cosa immobile *pignus* (1), del quale abbiamo già dovuto far menzione nel dritto di pegno,perchè il medesimo,dopo che fu introdotto il dritto di pegno pretorio, produce sempre cosiffatto dritto, e perchè la teorica del medesimo,per quanto è possibile, è stata eziandio estesa alla semplice ipoteca (2), con che le due *actiones bonae fidei* che ne risultano, *l'actio pignoratitia directa et contraria* (3) han ricevuto una estensione molto maggiore di quel che originariamente aveano.

1.° Or l'*actio pignoratitia directa* in generale è l'azione di colui che dà il pegno,sia egli il debitore o un altro, e dei suoi eredi contro colui, al quale si è costituito il pegno, e suoi eredi (4), e tende 1) alla restituzione della cosa insieme con ciò che vi appartiene (5), quando il debito assicurato col pegno si è debitamente estinto (6), o si è offerto il

(54) L. 5. § 2. D. *eod.*

(1) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 6. L. 39. L. 43. pr. D. *de pign act.* (13. 7.). Una particolare applicazione del contratto di pegno trovasi nelle formole contrattuali per le locazioni e per la vendita dei frutti attaccati alle radici presso Catone *de re rust.* c. 147. 149. 150. « Donicum solutum erit, aut ita satisfactum erit, quae in fundo illata erunt, pignori sunto. Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit, domini esto. » Siccome Catone viveva già e scriveva nella metà del Secolo 6., così qui non può trattarsi del proprio dritto reale di pegno; per contrario qui non si può disconoscere una certa cosa di mezzo tra il pegno dato in mano al creditore e l'ipoteca, che è di fondamento all'interdetto Salviano. Ma verisimilmente anche l'interdetto Salviano è più recente ed introdotto dopo che il bisogno avea introdotta questa mezza ipoteca, che si suol riguardare come un passaggio al dritto di pegno del Pretore Servio. L'*interdictum Salvianum* non ha fatto che preparare l'*actio Serviana.*

(2) V. sopra § 194. Nota 20. e 21.

(3) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 6. § 1. L. 7. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. C. *eod.* (4. 24.)

(4) L. 5. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.) L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 10. C. *eod.* (4. 24.)

(5) L. 18. § 1. L. 21. D. *eod.*

(6) L. 9. § 3-5. L. 10. L. 11. § 1. 3. 4. 5. L. 24. § 1. L. 27. L. 33. L. 40. § 2. L. 43. pr. D. *eod.* L. 11. C. *eod.*

pagamento (7), o l'oppignorazione per qualsiasi altra ragione è venuta meno (8); 2) alla restituzione o al compenso dei frutti raccolti o per trascuraggine non raccolti, e degli utili (9), se questi non siano dovuti al creditore (10); 3) alla consegna dell'eccedente che forse vi è nel prezzo ricavato dalla vendita, o nel valore di stima, allorchè il creditore pignoratizio ha vendnto il pegno, o lo ha ottenuto in proprietà per autorità del Sovrano (11); 4) alla cessione dell' *actio venditi*, allorchè il creditore nella vendita ha convenuto il dritto di ricompra (12); 5) al risarcimento per la perdita o deterioramento del pegno, nel qual rapporto il convenuto risponde anche per la colpa lieve (13); e 6) all' indennità per la vendita dannosa del pegno, ma solo quando il convenuto abbia dolosamente operato (14).

2.° Per contrario *l' actio pignoratitia contraria* è l'azione del creditore e dei suoi eredi contro il pegnorante e suoi eredi (15), e tende 1) al compenso delle spese necessarie ed utili, e di ciò che si è dovuto pagare (16); 2) al ristoro del danno sofferto per cagione del pegno, allorchè quello si può recare a colpa del pegnorante, il quale è eziandio responsabile per la colpa lieve (17); 3) a ripetere il pegno ingiustamente tolto al creditore, o ritenuto (18); e 4) a far dare una migliore sicurtà, allor-

(7) L. 9. § 5. L. 20. § 2. D. *eod.* L. 20. C. *de pignor.* (8. 14.) L. 10. L. 12. C. *de pign act.* (4. 24.)

(8) L. 9. § 3. L. 11. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.).

(9) L. 22. § 2. D. *eod.* L. 5. § 21. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 63. § 4. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. L. 2. L. 3. L. 12. C. *de pign. act.* (4. 24.)

(10) V. § 204. N. II.

(11) L. 6. § 1. L. 7. L. 11. § 4. L. 24. § 2. L. 42. D. *eod.* L. 21. § 3. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 20. C. *de distract. pign.* (8. 28.) L. 5. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.) L. 3. § 4. C. *de jure dom. impetr.* (8. 34.)

(12) L. 13. pr. D. *de pign. act.* (13. 7)

(13) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 13. § 1. L. 14. L. 15. L. 24. § 3. L. 28. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 3. L. 5. L. 7. L. 19. C. *de pignor.* (8. 14.)

(14) L. 4. L. 7. C. *de distr. pign.* (8. 28.) L. 1. L. 3. L. 4. C. *si vend. pign. ag.* (8. 30.)

(15) Non si oppongono per rispetto agli eredi le L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.)

(16) L. 8. pr. § 1. L. 25. D. *de pign. act.* (13. 7.). Alle spese necessarie appartengono anche le imposte, che il creditore dee pagare come possessore del pegno L. 42. D. *de pactis* (2. 14.)

(17) § 4. J. *quib. mod. re* (3. 14.) L. 22. § 4. L. 31. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 63. § 1. D. *de furtis* (47. 2.)

(18) L. 3. L. 22. § 3. D. *de pign. act.* (13. 7.)

chè il pegno dato non corrisponde al fine per cui fu costituito (19). Se il possesso interdittale dato al creditore pegnoratizio (20) si avesse a ritenere come più antico del dritto di pegno propriamente detto, esso si dovrebbe collocare in una medesima classe con quello del precista, e del sequestratario (21); intanto il medesimo verisimilmente sta in connessione appunto con questo, che conformemente alla teorica posteriore il contratto di pegno genera eziandio un dritto di pegno, e che questo è un dritto reale.

CONTRATTI CONSENSUALI.

Contratto di vendita.

A. Teorica del medesimo.

§ 258. Fra i quattro contratti consensuali il contratto di vendita a cagione della sua importanza merita di esser posto in primo luogo (1), ed anche le fonti sopra niun altro contratto contengono un materiale così abbondante come in questo. Il contratto di vendita *emptio venditio* è la convenzione bilaterale, per la quale uno dei contraenti, il venditore, *venditor* promette il trasferimento della proprietà o di altro dritto alienabile, e l'altro, il compratore *emptor* promette di dare in cambio una somma determinata di danaro come prezzo *pretium*. Nelle dodici Tavole per verità *emptio venditio* adoperavasi a significare qualunque alienazione (2), ed i Sabiniani e i Proculiani disputarono anche se almeno la permuta, *permutatio* (3) dovesse annoverarsi tra la vendita (4); ma finalmente prevalse l'opinione dei Proculiani, la quale restrinse la nozione del contratto di vendita in quel modo che

(19) L. 1. § 2. L. 2. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. D. *eod.* L. 6. C. *si al. res pign.* (8. 16.) V. § 192. Nota 21.

(20) V. § 204. n. IV.

(21) V. § 155. n. II. e III.

(1) Pare che primamente nell' Editto Pretorio il contratto di vendita avesse occupato il terzo posto, se si voglia ammettere che i libri 17. a 19. delle Pandette abbiano mantenuto l'ordine dell' Editto.

(2) L. 29. § 1. D. *de stat. lib.* (40. 7.) Confr. Festo p. *Censui censendo* e *Venditiones*; Servius ad Virgil Georg. III. v. 306.; Isidori Orig. V. 24. § 23.; L. 19. D. *de act. empt. vend.* (19. 1.)

(3) V. appresso § 265.

(4) L. 1. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.); Caj. III. 141.; § 2. J. *de loc. cond.* (3. 24.)

abbiam detto (5). Il danaro come prezzo è quindi essenziale (6), e se il prezzo consiste parte in danaro contante, e parte in altra cosa, è da vedere qual delle due preponderi se il danaro, o la cosa (7); per contrario non monta a nulla se posteriormente in luogo del prezzo in danaro siano date delle cose o altre prestazioni (8). Se una cosa scientemente è venduta per un prezzo inferiore a quel che vale, allora il contratto vien ritenuto come donazione o in tutto o in parte, secondo che il prezzo è perfettamente insignificante, *venditio uno nummo*, o corrisponde ad una parte del valore (9). È parimente donazione quando solo per apparenza si è convenuto un prezzo, il quale non si dovrà pagare (10). Del resto il prezzo può anche esser determinato relativamente (11), e le opinioni dei Giureconsulti Romani erano divise solo in quanto alla quistione se si potesse abbandonare la determinazione del prezzo all'arbitrio di un terzo (12), finchè Giustiniano non ebbe deciso per l'opinione affermativa (13). Inoltre, prescindendo dal dolo e dall'errore, non importa se il valore ed il prezzo corrispondano esattamente o no (14). Non pertanto Diocleziano introdusse l'eccezione, che un venditore, il quale non ha ricevuto neppure la metà del valore, può far rescindere il contratto, se pure il compratore non voglia supplire quel che manca all'esatto valore (15). Obbietto del contratto

(5) § 2. J. *de empt. vend.* (3. 23.) Confr. L. 6. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)

(6) § 2. J. cit. L. 1. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(7) L. 79. D. *eod.* L. 6. § 1. 2. D. *de act. empti* (19. 1.).

(8) Caj. l. c. L. 21. § 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. C. *de resc. vend.* (4. 44. L. 1. C. *de rerum permut.* (4. 64.)

(9) L. 38. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. D. *locati* (19. 2.) L. 18. D. *de donat.* (39. 5.)

(10) L. 36. L. 37. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 3. L. 9. C. *eod.* (4. 38.)

(11) L. 7. § 1. 2. D. *eod.* Fragm. Vat. § 9.

(12) Caj. III. 140.

(13) L. 15. C. *de contr. empt.* (4. 38.) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 23.)

(14) L. 16. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 22. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 11. L. 15. C. *de rescind vend.* (4. 44.) Nov. 97. c. 1.

(15) L. 2. L. 8. C. *de rescind. vend.* (4. 44.). S'intende da sè che questo dritto di rescissione a cagione della *laesio ultra dimidium* s. *enormis*, come una eccezione singolare non comporta alcuna estensione di analogia, neppure al compratore, e molto meno ad altri contraenti, sebbene parecchi sieno di altro avviso. La ragione probabile di questa eccezione è la supposizione che chi scientemente e senza *animus donandi* vende la sua cosa per meno della metà del valore, non consente liberamente, ma è indotto a ciò fare dalla necessità di aver danaro. Del resto Diocleziano tentò anche d'impedire che si abusasse dei compratori. Noi abbiamo ancora un suo Editto che contiene una tassa per più di ottanta articoli, stampato in *Spangenberg* Monum. legal. p. 268. seg., e meglio nelle *Transactions of the Roy. society of literatur.* vol. I. (Lond. 1829. 4.) p. 181-204.

di vendita può esser tutto ciò che è alienabile e trasferibile (16), purchè in generale esista (17), e non appartenga di già al compratore (18), e cessano anche queste eccezioni, se le cose sieno vendute condizionatamente pel caso di futura esistenza (19), o di futuro cambiamento di proprietà (20), o se il negozio è una semplice compra di speranza *emptio spei*, cioè ha per oggetto la semplice probabilità di un acquisto incerto (21). Intanto s' incontrano parecchie limitazioni generali del contratto di vendita: 1) secondo antichi Senato-consulti e mandati imperiali, tutti coloro che si trovano in servizio dello Stato in una Provincia non possono quivi comprar nulla, eccetto fondi paterni, e cose necessarie ai bisogni giornalieri della vita (22) 2). Di più gl'impiegati non possono comprar essi medesimi ciò che per effetto del loro ufizio sono incaricati di vendere; (23) 3) per un Senato-consulto *Hosidianum* sotto Claudio Anno di R. 801. (48. dopo Cristo) fu anche proibito di vendere edifizii per demolirli (24); e 4) la vendita di cose rubate è nulla, allorchè le due parti conoscono la qualità furtiva della cosa (25). 5) È anche invalida la *venditio sine censu*, quando il venditore di un fondo prende il carico di pagare egli le imposte per l'av-

(16) § 5. J. *de empt. vend.* (31. 1.) L. 34. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. pr. § 1. L. 4. L. 6. D. *de hered. vel act. vend.* (18. 4.) L. 12. § 2. L. 38. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 48. § 6. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 12. § 3. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 32. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 32. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 52. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(17) L. 8. L. 15. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(18) L. 15. § 2. L. 16. D. *eod.* L. 22. § 3. D. *mandati* (17. 1.) V. sopra § 235. Nota 25. e 26.

(19) L. 8. pr. L. 34. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(20) L. 61. D. *eod.*

(21) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 7. L. 10. L. 11. D. *de hered. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 11. § 17. L. 12. D. *de act. empti* (19. 1.)

(22) Cic. in Ver. II. 4. c. 5. L. 6. § 3. D. *de off. proc.* (1. 16.) L. 62. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. § 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. D. *de re mil.* (49. 16.) Confr. la mia St. § 43. Nota 24.

(23) L. 46. D. *de contr. empt.* (18. 1.); L. 4. C. Th. *de iis qui administrant.* (8. 15.)

(24) L. 52. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 48. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 2. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) Conf. la mia st. § 102. Nota 5.

(25) L. 34. § 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.). Vi sono delle pene speciali quando furtivamente si è venduto il frumento ed i foraggi dello Stato L. 3. L. 4. C. *quae res venire non poss.* (4. 40.)

venire (26), al che Costantino aggiunse anche la confisca (27). Sono eziandio delle disposizioni affini le seguenti: che cioè Onorio vietò di esercitare il commercio a tutti quei che appartengono agli ordini più elevati (28); che il commercio della porpora e della seta da Graziano fu riserbato allo Stato (29); che per le costituzioni di Valente e Marciano non poteano vendersi ai barbari liquori preziosi ed armi (30); e che, secondo la prescrizione di Leone ed Antemio, gli abitanti di una Metrocomia non poteano alienare i loro fondi se non agli abitanti del luogo medesimo (31). Si può anche riguardare come una limitazione indiretta del contratto di vendita il dritto di prelazione, *jus protimiseos*, cioè il dritto che alcuno ha di esser preferito a tutti gli altri compratori, quando voglia dare il medesimo prezzo (32), il qual dritto in piu casi è dalla legge stabilito (33). Per un certo tempo anche i parenti del venditore si ebbero generalmente questo dritto di preferenza, il quale nondimeno fu abolito da Valentiniano II. e Teodosio I. (34). Talvolta la vendita si dee fare (35) col mezzo di pubblici incanti al maggior offerente, *auctio* (36) *s. sub hasta venditio* (37); e se si è convenuto di formare una scrittura, allora il contratto, secondo che Giustiniano dispose, non diviene obbliga-

(26) L. 1. L. 3. C. *sine censu* (4. 47.). Anche nel pegno dato in mano al creditore l'oppignorante non può obbligatoriamente assumere il pagamento delle imposte pel creditore che è in possesso L. 42. D. *de pactis* (2. 14.)

(27) Fragm. Vat. § 35.; L. 1-4. C. Th. *qui sine censu* (11. 3.) L. 2. C. *sine censu* (4. 47.)

(28) L. 3. C. *de commerciis* (4. 63.)

(29) L. 1. L. 2. C. *quae res ven. non poss.* (4. 40.)

(30) L. 1. L. 2. C. *quae res exportari non debeant* (4. 41.). Secondo Livio XLIII. 5. pare che non potessero vendersi dei cavalli ai barbari.

(31) L. un. C. *non licere habitator.* (11. 55.). I territorii municipali eran divisi in distretti, *pagi*, ed ogni distretto avea un luogo principale che chiamavasi *Metrocomia* J. Gothofredus ad L. ult. § 1. C. Th. *de patrocin vic.* (11.24.)

(32) L. 75. D. *de contr. empt.* (19. 1.) L. 21. § 5. D. *de act. empti* (19. 1.)

(33) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. D. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 16. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. C. *de metall.* (11. 6.) L. 3. C. *de jure emphyteut.* (4. 66.)

(34) L. 14. C. *de contr. empt.* (4. 38.); L. 6. C. Th. *eod.* (3. 1.). Non è certo se Costantino sia stato l'autore di quel dritto esorbitante, come il Gotofredo suppone ad L. 6. C. Th. cit; ad ogni modo Plin. ep VII. 11. non dimostra che ciò avesse già luogo al tempo di Trajano.

(35) Caj. III. 77-79.; pr. J. *de success. subl.* (3. 12.) L. 1. L. 2. C. *si in causa jud.* (8. 23.) L. 1-5. C. *de fide et jure hastae fisc.* (10. 3.) Nov. 120. c. 6. § 2.

(36) Cic. ad Attic. XII. 3. XIII. 13. ad famil. X. 32. pro Caecina c. 13. *de lege agrar.* I. 3. in Catil. II. 8.

(37) Festo, p. *hasta*; Cic. *de lege agrar.* II. 20.

torio che dopo la soscrizione (38); ma in altro caso, come contratto consensuale non richiede forma veruna (39). Siccome il contratto di vendita è una convenzione bilaterale, così ne risultano due *actiones directae*, *l'actio empti* da parte del compratore, e *l' actio venditi* da parte del venditore (40). Ambedue sono di buona fede (41), e però tendonó anche alla restituzione, allorchè un affare già in tutto o in parte eseguito per qualsivoglia cagione diviene caduco (42). Ma qui chi vuole usar dell'azione bisogna che dal suo lato abbia pienamente eseguito la prestazione, alla quale è tenuto (43), purchè non siasi convenuto che l'altro debba prestare in prima, ovvero purchè questi non si trovi in *mora accipendi* (44).

1.° Alle obbligazioni del venditore che si possono far valere con *l'actio empti* appartiene in ispezialtà 1) di trasferire l' oggetto della vendita in quel modo che la sua natura può comportare (45), quindi di far la tradizione delle cose vendute (46), nel che però prima di Giustiniano ebbe luogo lo special favore, che un venditore anche per le *res mancipi* non era tenuto che alla semplice tradizione (47); 2) di fare nella

(38) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) pr. J. *de empt. vend.* (3. 23.)

(39) Pr. J. cit L. 1. § 2. L. 2. § 1. D *de contr. empt.* (18. 1.) L. 12. D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. C. *si quis alteri vel sibi* (4. 51.). La disposizione di Costantino, che la vendita si dovesse far sempre in presenza di testimoni, ai quali il venditore dovea dimostrare la sua proprietà, Fragm. Val. § 35., pare che non sia stata mai pienamente in uso. Fu questo un vano tentativo di ristabilire una specie di mancipazione.

(40) L. 11. pr. L. 13. § 19. D. *de act. empti venditi* (19. 1.) § 1. J. *de empt. vend.* (3. 24.)

(41) § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(42) L. 6. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1) L. 16. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 4. pr. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 11. § 5. 6. L. 13. § 27. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. C. *de resc. vend.* (4. 44.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(43) L. 13. § 8. 9. L. 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 31. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. § 4. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 5. C. *de evict.* (8. 45.)

(44) L. 9. L. 72. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 39. D. *de R. J.* (50. 17.)

(45) L. 20. D. *de servit.* (8. 1.) L. 3. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. § 3. 8. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 4. L. 7. L. 8. L. 9. C. *eod.* (4. 39.) L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.)

(46) L. 1. pr. L. 2. § 1. L. 3. § 2. L. 11. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. § 1. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 4. L. 6. C. *eod.* (4. 39.) L. 4. C. *de act. empt.* (4. 49.)

(47) L. 25. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 75. § 10. D. *de V. O.* (45. 1.) Varro *de re rust.* II. 5-7. Al tempo di Plauto pare che i venditori non fossero ancora liberati dalle forme della mancipazione Plaut. in Persa IV. 3. v. 51-63. in *Curcul.* IV. 2. v. 1. seg. Per contrario dalla L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) noi vediamo che i Giureconsulti classici promoveano con tanta forza la liberazione da quelle forme,

vendita di cose da doversi acquistare, ed anche in una semplice compra di speranza, tutto ciò che è necessario per procurarsi effettivamente le cose (48); 3) di partecipare al compratore le notizie su dei confini ed altri rapporti della cosa venduta, e di consegnare i relativi documenti (49), 4) di consegnargli insieme colla cosa principale anche i *commoda rei* (50), cioè le pertinenze (51), le accessioni (52), i frutti e prodotti ricavati dopo la conchiusione del contratto, e tutto ciò che altramente per mezzo della cosa siasi dipoi acquistato (53); 5) di risarcire (54) la perdita ed i deterioramenti delle cose da prestarsi, in quanto il venditore sia in colpa (55), sotto il qual rapporto egli è rispònsabile per la menoma colpa (56), e per conseguenza è anche tenuto alla *custodia* (57); e, se i danni provengono da un terzo, di cedergli ad ogni modo le azioni, che per tal ragione gli competono (58); 6) di fare in modo che il compratore possa avere e conservare la cosa conformemente al contratto, *praestare habere licere*, o indennizzarlo in caso contrario, sebbene ciò non abbia luogo che dopo seguita l'evizione, a meno che egli non abbia dolosamente venduto una cosa altrui (59); 7) di ristorare il danno pei difetti occulti della cosa (60),

che si dichiarò non esser compra ma permuta quando alcuno stabiliva che una *res mancipi* pel prezzo di una somma di danaro non gli dovesse essere semplicemente consegnata, *tradita*. Ma dopo che cessò la distinzione delle *res mancipi e nec mancipi*, e che la tradizione fu elevata ad una forma generale di trasmissione (§ 166. Nota 10.) quel favore non può più altrimenti aver applicazione, che quando dritti particolari fan dipendere il passaggio della proprietà da un rilascio giudiziale o da altre forme, nel qual caso però è difficile tuttavia a riconoscerlo.

(48) L. 12. D. *de act. empti* (19. 1.)

(49) L. 48. L. 52. pr. D. *eod.* L. 33. § 8. L. 63. § 1. L. 66. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(50) L. 1. C. *de peric. et comm.* (4. 48.)

(51) L. 13. § 31. L. 14-18. D. *de act. empti* (19. 1.)

(52) L. 7. pr. D. *de peric. et comm.* (18. 6.)

(53) L. 13. § 10-13. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. L. 16 C. *eod.* (4. 49.); Paul. S. R. II. 7. § 17.; Fragm. Vat. § 2. 15.

(54) L. 13. § 18. L. 31. § 1. D. *eod.*

(55) L. 68. § 2. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. C. *de act. empti* (4. 49.)

(56) L. 68. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L 13. § 16. D. *de act. empti* (19. 1.)

(57) § 3 J. *de empt. vend.* (3. 24.) L. 2. § 1. L. 3. L. 11-14. D. *de peric.* (18. 6.) L. 36. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. § 8. 9. L. 38. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.)

(58) § 3. J. cit. L. 35. § 4. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. D. *de peric.* (18. 6.) L. 13. § 12. L. 31. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(59) L. 4. pr. L. 11. § 13. L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. L. 8. L. 16. § 1. L. 60. L. 70. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. L. 25. C. *eod.* (8. 45.)

(60) L. 4. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 6. § 4. L. 11. § 5. L 13. § 3. D. *de act. empt.* (19. 1.) L. 14. C. *eod.* (4. 49.)

pei diritti limitativi non dichiarati, come pure pei diritti appartenenti alla cosa, che non furono indicati, e quindi per l'ignoranza del compratore andarono perduti (61), come pure per la mancanza delle qualità della cosa, che il venditore assicurò (62), nel che, in caso di dolo, dee fare indenne il compratore di tutto il suo interesse; ma se egli medesimo era in errore, dee soltanto rimborsare quanto la cosa vale di meno (63); 8) di prestare sulla richiesta del compratore una formale cauzione verbale, *stipulatio dupli*, *tripli*, *quadrupli*, allorchè con una convenzione accessoria per le indennità indicate sotto i numeri 6 e 7 siasi promessa una riparazione in più doppi (64); anzi la *stipulatio dupli* dee seguire anche senza una precedente promessa, quando non siasi convenuto il contrario, e l'affare d'altronde non riguardi una cosa insignificante (65). Imperocchè presso i Romani era divenuto di così frequente usanza l'aggiungere ai contratti di compra di qualche importanza una *stipulatio dupli*, che una tale promessa riguardavasi come un *naturale negotii* che s' intendeva di per sè stesso (66).

2.° Dall'altro lato le obbligazioni principali del compratore, al cui adempimento è diretta *l'actio venditi* sono 1) di pagare il prezzo (67), e questo in modo che il venditore ne divenga proprietario (68). Prima che ciò avvenga, o che il venditore sia stato in altra guisa soddisfatto, o consenta di dare a credito, non può chiedersi la tradizione (69), e secondo le dodici Tavole la proprietà della cosa già consegnata non passa neppure nel compratore (70), ma il venditore può tuttavia rivendicarla (71), senza che gli si possa opporre la *exceptio rei venditae et*

(61) L. 66. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 1. L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 39. § 5. L. 69. § 5. D. *de evict.* (21. 2.)

(62) L. 43. pr. L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 6. § 6. L. 13. § 3. 4. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. L. 19. D. *de aedil. ed.* (21. 2.) L. 75. D. *de evict.* (21. 2.)

(63) L. 13. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(64) L. 56. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(65) L. 3. L. 37. D. *eod.* L. 72. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.); Fragm. Vat. § 8. L. 14. C. *de act. empti* (4. 49.)

(66) L. 31. § 20. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) Confr. § 279. e 280.

(67) § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 19. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(68) L. 11. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(69) Il pagamento parziale non basta neppur quando di più compratori uno abbia pagato la sua parte L. 31. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(70) § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.); Theoph. ad h. l.; L. 19. L. 53. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 11. § 2. D. *de act. empti* (19. 1.)

(71) L. 5. § 18. D. *de tribut. act.* (14. 4.)

traditae(72), questo però può aver solo a fine di dargli una sicurezza, giacchè egli non può rompere il contratto per motivo della non seguita soddisfazione (73). Neppure il *casus* libera il compratore dall'obbligo di pagare il prezzo, se per un avvenimento fortuito la cosa sia perita o deteriorata (74), eccetto A. allorchè il venditore si trovi in mora di far la tradizione, quando il caso sopravviene (75), o B. il compratore abbia tuttora la facoltà di recedere dal contratto (76), o C. la cosa sia perita prima che si fosse verificata una condizione sospensiva (77), o siesi riserbata la facoltà di fare l'assaggio della cosa e di approvarla *emptio ad gustum* s. *ad adprobationem* (78), o E. allorchè, trattandosi di prezzo determinato a misura, la cosa debba essere misurata o numerata *emptio ad mensuram* (79); o F. le cose comprate non sieno state determinate che inquanto alla specie e quantità (80); ma non già anche allorchè una determinata massa di cose fungibili fu comperata in complesso per *aversionem*, il che vien trattato egualmente che un'ordinaria compra di cose individuali (81). Intanto se al compratore già si contrasti la proprietà della cosa, egli non è tenuto

(72) L. 72. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 2. D. *de exc. rei vend.* (21. 3.)

(73) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38) Confr. con L. 31. § 8. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(74) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.) L. 5. § 2. D. *de resc. vend.* (18. 5.) L. 7. pr. L. 8. pr. L. 15. D. *de peric.* (18. 6.) L. 15. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 12. C. *de act. empti* (4. 49.) L. 4-6. C. *de peric.* (4. 48.); Fragm. Vat. § 16. La L. 33. D. *locati* (19. 2.), la quale obbliga il venditore alla restituzione del prezzo quando il *fundus* venduto prima della tradizione sia « publicatus » non può certamente essere intesa della confisca, imperocchè non si suppone alcuna colpa del venditore, e neppure della devoluzione di un *fundus vectigalis* L. 11. pr. D. *de evict.* (21. 2.), e per conseguenza dee restringersi al caso quando il *fundus* a cagione di fare una strada, o per altri scopi vien richiesto dallo Stato mediante pagamento. Intorno alle altre idee V. *Cujacius* tratt. VIII. ad Africanum ad leg. 33. D. cit., *Gluck* comm. vol. IV. p. 380. seg.; *Wolf* della mora § 7. Nota 61.; *Muhlenbruch* Pand. I. 395.

(75) L. 4. L. 6. C. *eod.* L. 11. D. *eod.* (18. 6.)

(76) L. 17. C. *de fide instrum.* (4. 21.) § 3. J. *de empt. vend.* (3. 23.)

(77) L. 8. pr. L. 10. pr. D. *de peric.* (18. 6.) L. 4. § 1. D. *de in diem addict.* (18. 2.)

(78) L. 1. pr. L. 4. pr. § 1. D. *de peric.* (18. 6.)

(79) Secondo la L. 1. § 1. D. *eod.* L. 34. § 5. D. *de contr. empt.* (18. 1.) qui il compratore sopporta ancora il *casus deteriorationis*, ma secondo la L. 2. C. *de peric.* (4. 48.) non sopporta neppur questo. Non si oppone la L. 10. § 1. D. *eod.*, la quale non parla di una vera *emptio ad mensuram.*

(80) Fragm. Val. § 16.; L. 42. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(81) L. 62. § 1. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 1. 2. D. *de peric.* (18. 6.) L. 2. C. *eod.*

a dare il prezzo se non contro una cauzione da prestarglisi (82). 2) Inoltre il compratore, senza riguardo a mora, dal momento che ha ricevuto la cosa fino al pagamento o valido deposito del prezzo deve pagarne gl' interessi secondo il corso del paese (83). 3) Ancora deve rimborsare al venditore le spese che abbia fatte sulla cosa e i pagamenti che abbia dovuto fare per cagione della medesima, dalla conclusione del contratto in poi (84). 4) Finalmente dee riparare tutti i danni cagionati, il che veramente per regola non accade, se non quando per la risoluzione del contratto si debba restituire la cosa, ed allora il compratore è anche responsabile per ogni colpa (85).

C. Convenzioni accessorie alla vendita.

§. 259. Al contratto di vendita non altramente che a tutti gli altri contratti possono aggiungersi delle convenzioni accessorie, e queste si possono anche far valere con l'azione *empti o venditi* (1). Ma ci ha alcune convenzioni accessorie, le quali sono al tutto particolari al contratto di vendita, o almeno in esso più specialmente s' incontrano.

1.° La *in diem addictio*, cioè la riserva da parte del venditore di poter recedere dal contratto entro un determinato tempo, se un altro offra miglior prezzo per la cosa (2), nel che può stare una condizione così sospensiva come risolutiva (3). In ambedue i casi allorchè l' affare svanisce, il compratore, se la cosa di già gli è stata consegnata,

(82) L. 18. § 1. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 12.; L. 24. C. *de evict.* (8. 45.)

(83) Fragm. Vat § 2.; L. 13. § 20. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 18. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 2. C. *eod.* (4. 32.) L. 5. C. *de act. empti* (4. 49.). Anche nel caso della mora il compratore non ha da pagar altro che gl' interessi L. 13. C. *eod.* L. 19. D. *de periculo* (18. 6.)

(84) L. 13. § 22. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. L. 16. C. *eod.* (4. 49.) L. 1. C. *de peric.* (4. 48.)

(85) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 31. § 11. 12. D. *de aedil. ed.* (31. 1.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)

(1) L. 7. pr. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.) L. 72. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 11. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.)

(2) L. 1. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 2. § 4. D. *pro emptore* (41. 4.). Come lo stesso nome *in diem addictio* ci fa conoscere, qui è essenziale una determinazione di tempo, altrimenti la riserva è nulla. Nondimeno è di altra opinione il Donello comment. jur. civ. XVI. 18. § 4.

(3) L. 2. pr. L. 4. § 3. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 41. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.). Ulpiano qui non decide che cosa si debba ritenere nel dubbio, ma nella L. 2. § 4. D. *pro emptore* (41. 4.) Paolo chiaramente decide che in tal caso si debba ammettere una condizione risolutiva.

dee restituirla con tutti gli utili che ne ha ritratti, e col ristoro per i deterioramenti; il venditore al contrario dee rendere il prezzo ricevuto con gl'interessi e col rimborso delle spese (4). Ma se la condizione è sospensiva, il compratore, prima che questa si verifichi, non ha alcun dritto alla tradizione ed al godimento della cosa (5); di più se la cosa perisce, tutta la vendita si estingue (6), ed il venditore, anche quando abbia anticipatamente consegnato la cosa, ne rimane tuttavia proprietario (7): mentre, se la *in diem addictio* si è aggiunta come condizione risolutiva, può incontanente richiedersi l'esecuzione del contratto, la proprietà della cosa consegnata passa nel compratore, sebbene pel verificarsi della condizione cessi *ipso jure*; e la perdita della cosa non ha per effetto l'estinzione del contratto, ma solo la caducità del patto accessorio (8). Del rimanente perchè la condizione si avveri si richiede sempre che un altro seriamente ed effettivamente abbia fatto un offerta più vantaggiosa di quella del primo compratore (9), che il venditore abbia accettata quest'offerta, al che egli per regola non è tenuto (10), e che il primo compratore, non voglia aggiungere un supplemento per il di più che è stato offerto al venditore (11), e rimborsare I frutti, che dovrebbe altrimenti restituire (12). Se vi sono più venditori, allora si richiede che tutti abbiano accettato la migliore offerta (13), e se son più i compratori anche un solo può evitare la restituzione mediante l' offerta di un supplemento, purchè non si limiti alla sua semplice parte (14).

2.° La *lex commissoria*, cioè il patto che il compratore debba perdere i dritti che gli vengono dal contratto di compra, allorchè egli in un determinato tempo, o dopo l'avvertimento non paghi il prezzo (15), il che nel dubbio si ha a ritenere come una condizione risolutiva, ma

(4) L. 4. pr. § 4. L. 6. pr. L. 14. § 1. L. 16. L. 20. D. *de in diem. add.* (18. 2.)
(5) L. 4. pr. D. *eod.*
(6) L. 4. § 1. D. *eod.*
(7) L. 4. pr. D. *eod.* L. 41. pr. D. *de rei vind.* (6. 1.)
(8) L. 41. pr. D. cit. L. 2. § 1. L. 3. L. 4. § 3. D. *de in diem. add.* (18. 2.) L. 3. D. *quib. mod. pign.* (20. 6) L. 2. §. 4. D. *pro emptore* (41. 4.)
(9) L. 4. § 5. 6. L. 5. L. 6. pr. L. 14. pr. § 2. 5. L. 15. § 1. L. 19. D. *de in diem. add.* (18. 2.)
(10) L. 9. L. 10. L. 14. § 3. D. *eod.*
(11) L. 7. L. 8. L. 17. D. *eod.*
(12) L. 6. § 1. D. *eod.*
(13) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. D. *eod.*
(14) L. 18. D. *eod.*
(15) L. 4 pr. L. 5. L. 8. D. *de lege commiss.* (18. 3.), Fragm. Vat. § 11.

può contenere eziandio una condizione sospensiva (16). Siccome nella *lex commissoria* havvi una pena convenzionale, così s' incorre in essa senza avvertimento, pel semplice decorrimento del tempo, in cui avrebbe dovuto pagare (17), purchè il venditore non si trovi *in mora accipiendi* (18), e non giova ad impedirla il pagamento parziale (19). Intanto il venditore non è tenuto a far uso della *lex commissoria*, ma può anche richiedere il pagamento (20), solo, deve egli fare la scelta, e dopo che ha richiesto il pagamento, o ha accettato una parte del prezzo, o ha rinunciato all'effetto del patto commissorio, non può più farlo valere di poi (21). Se si viene alla restituzione, il compratore dee restituire la cosa coi frutti, e con le pertinenze, come pure dee dare il ristoro pei danni (22), e perde ciò che egli ha dato come arra, ovvero come porzione del prezzo (23). Ma se per questo modo egli perde una parte del prezzo, può invece ritenere i frutti (24). Oltre a questi generali svantaggi della *lex commissoria* possono aggiungersene eziandio degli altri mediante speciali convenzioni (25); è permessa ancora la convenzione opposta, che il venditore debba perdere i suoi dritti, allorchè non offre la cosa a tempo debito (26).

3.° Il *pactum reservati dominii* (27), allorchè il venditore che vende a credito si riserva di rimaner proprietario fino al pagamento del prezzo (28). Il contratto di vendita non diviene per questo condizionale, ma solo ne vien differito l'adempimento, e però il compratore, come al solito, porta egli il rischio della cosa (29), ma in quanto la

(16) L. 1. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 3. L. 7. C. *de pact. inter. empt. et vend.* (4, 54.)

(17) L. 4. § 4. D. *eod.* L. 12. C. *de contr. stip.* (8. 38.) V. § 238.

(18) L. 4. § 2. L. 8. D. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 10. § 1. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)

(19) L. 4. § 1. L. 6. pr. D. *de lege comm.* (18. 3.) L. 47. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 10. pr. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)

(20) L. 2. L. 3. L. 4. § 2. D. *de lege commiss.* (18. 3.)

(21) L. 4. § 2. L. 6. § 2. L. 7. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 3. 4.; L. 4. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(22) L. 4. pr. § 1. L. 5. L. 6. pr. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(23) L. 6. pr. D. *eod.* L. un. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(24) L. 4. § 1. D. *eod.*

(25) L. 4. § 3. D. *eod.*

(26) L. 47. D. *de act. empti* (19. 1.)

(27) *Dunker* nel Mus. Ren. vol. V. n. 4. e 7.

(28) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.) L. 20. § 2. L. 21. D. *locati* (19. 2.) L. 38. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 20. D. *de precario* (43. 26.)

(29) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.)

convenzione non sia conchiusa nel momento stesso della tradizione, non può richiedere la consegna, eccetto che non siasi questa espressamente promessa, ed allora per questo mezzo, secondochè per l' anticipato godimento si debba pagare o no qualche cosa, ne risulta una locazione (30), o un *precarium* (31), ma non già la proprietà (32) nè il possesso di usucapione (33), la cosa però deve rimanere presso il compratore per quel tempo che pende la condizione dell'acquisto della proprietà (34), e col verificarsi di questa condizione la proprietà per mezzo del *constitutum possessorium* passa da sè nel compratore (35). Contro i terzi il compratore anche nel caso di un'anticipata consegna non può per riguardo alla cosa intentare azioni, se non in quanto per queste sia sufficiente un semplice interesse (36); quelle azioni poi che presuppongono la proprietà appartengono solo al venditore (37); ed inoltre quei vantaggi, che non appartengono al godimento propriamente detto, non competono al compratore se non dopo che ha acquistata la proprietà (38).

4.° Il *pactum de retro vendendo*, pel quale il venditore conviene che la cosa a sua richiesta debba essergli rivenduta o pel medesimo prezzo o per un altro che siasi anticipatamente determinato, l'esecuzione

(30) L. 16. D. cit. L. 20. § 2. L. 21. D. *locati* (19. 2.)

(31) L. 20. D. *de precar.* (43. 26.) L. 38. pr. D. *de damno inf.* (39. 2.) Confr. L. 3. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.)

(32) L. 16. D. *de peric.* (18. 6.) L. 38. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.). Quando *Muller* Arch. per la prat. civ. vol. XII. n. 13., e tratt. civ. Giess. 1833. n. 1. pensa che il venditore, il quale vende a credito e nondimeno si riserba la proprietà si contradica con sè medesimo, ciò deriva da un sofisma. Il consentire a vendere a credito non contiene che la dichiarazione di voler aspettare, quantunque dopo la tradizione si abbia il dritto di domandare il pagamento. In ciò non si contiene che la proprietà debba passare, come se si fosse pagato; siffatta conseguenza non vi è attribuita che dalle dodici Tavole § 41. J. *de rer. div.* (2. 1.). E però il venditore riserbandosi la proprietà non contradice a sè medesimo ma soltanto ad una disposizione della legge; e non si può poi dubitare che questa disposizione non sia altro che una semplice disposizione ipotetica, la quale può esser cambiata dalla convenzione L.48.D. *de pact.* (2.14.). Oltre a ciò il *pactum reservati dominii* concepito come condizione risolutiva coinciderebbe colla *lex commissoria*.

(33) Non si oppone la L. 8. D. *de publ. in rem. act.* (6. 2.) Confr. *Dunker* l. c. § 15.

(34) L. 20. D. *de precario* (43. 26.) L. 38. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 7. § 3. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(35) L. 7. § 3. D. cit.

(36) L. 4. D. *de in diem. addict.* (18. 2.)

(37) L. 13. § 12. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. pr. L. 68. § 5. L. 82. pr. D. *de furtis* (47. 2.)

(38) L. 16. D. *de periculo* (18. 6.)

del qual patto si può richiedere coll' *actio venditi* (39) ; da un altro lato si può immaginare anche un *pactum de retro emendo*, per effetto del quale il compratore si riserbi di poter richiedere che la cosa si ricompri per un determinato prezzo, e da ciò dee risultare l'*actio empti*, sebbene le fonti tacciano intorno a questo.

2) *Contratto di locazione.*

A. Nozione e contenuto.

§. 260. Nella nozione della locazione *locatio conductio* come contratto consensuale bilaterale, pel quale uno dei contraenti, il locatore *locator* promette o di far godere di una cosa o di prestare certi servigi, e l'altro il locatario, *conductor* promette in cambio di pagare una somma di denaro assolutamente o relativamente determinata come prezzo della locazione *merces* (1), son propriamente comprese due convenzioni ben diverse in quanto al loro oggetto.

1.° La locazione delle cose, *locatio conductio rerum*, nella quale, allorchè non si siano locate delle cose mobili in tal maniera, che se ne debba restituire solamente il prezzo (nel qual caso la convenzione contiene nello stesso tempo una vendita) (2), la proprietà delle cose consegnate per goderne rimane al locatore (3), ma nondimeno al locatario compete il dritto di locar nuovamente la cosa ad un altro o per intero o in parte, mediante una novella locazione *sublocatio*, la qual sublocazione in quanto alle case assicura al primo locatore anche un dritto di pegno sulle cose del subinquilino, che vi furono introdotte, fino all'ammontare del prezzo della locazione di costui (4). Prescindendo dal caso singolare che sia trasferita la proprietà, la locazione delle cose presuppone che le cose siano tali, che se ne possa godere sen-

(39) L. 2. L. 7. C. *de pact: inter. empt. et vend.* (4. 54.) L. 6. D. *de rescind. vend.* (18. 5.)

(1) Caj. III. 142-144.; Paulus S. II. 18. § 1.; pr. § 1. 2 J. *de locat. cond.* (3. 24.) L. 2. pr. L. 25. pr. D. *locati* (19. 2.)

(2) L. 3. L. 34. § 2. D. *eod.*; Caj. III. 146. I pratici chiamano questo caso una *locatio conductio irregularis.*

(3) L. 39. D. *eod.*

(4) L. 7. L. 8. L. 24. § 1. L 53. D. *eod.* L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (13. 7.). Il dritto di pegno del primo locatore sulle cose del secondo conduttore ha senza dubbio per fondamento l'idea di una sottopignorazione da parte del secondo conduttore, e quindi esso non ha luogo sulle cose di coloro che gratuitamente sono ammessi nell' abitazione L. 5. pr. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

za consumarle, e si suddivide in due specie principali: A. in locazione per semplice uso; e B. in locazione detta colonia, allorchè delle cose fruttifere si danno in affitto per goderne dei frutti, ma per siffatta locazione è necessario che il fittaiuolo *colonus* abbia l' amministrazione ed il maneggio delle cose, giacchè quando alcuno promette ad altri per un prezzo i frutti di una cosa, che da lui medesimo si dovrà coltivare, questo non è da considerare come locazione, ma come vendita dei frutti, anche quando il compratore si dovesse incaricare della raccolta (5). Una specie di locazione dell'uso, che per molti rapporti si distingue, è la locazione di una casa (6), dalla quale può anche risultare un dritto reale *jus in superficie* (7); siccome pure dall'altro lato il rapporto dell'*ager vectigalis*, e l' enfiteusi appariscono come una specie di colonia di una forma particolare (8).

2.° La locazione delle opere *locatio conductio operarum*, la quale viene ammessa solo pei lavori ordinarii, e per le prestazioni di servigi (9), *operae illiberales*, e può essere eziandio di due specie: A. una semplice prestazione di servigi (10), ovvero B. l' appalto di un' opera *locatio conductio operis*, nel che s' incontrano delle espressioni che a vicenda s' intrecciano e si scambiano, imperciocchè l' intrapreditore dell'opera, il quale ha locato i suoi servigi per eseguire e compiere la medesima, vien chiamato *conductor operis*, e per contrario colui che ha preso in locazione i servigi, vien detto *locator operis* (a) (11). Nell'ultimo caso la mercede può determinarsi o in complesso per *aversionem*, o a misura *ad pedes mensurasve* (12). Del rimanente se colui, che ha intrapreso per un prezzo l'esecuzione di un' opera, sommini-

(5) Cato *de re rust.* c. 146-150. Non si oppone la L. 21. C. *de locat.* (4. 65.). Da Festo p. *Venditiones* si può forse dedurre che anticamente la locazione dei fondi rustici in generale si riteneva come una vendita dei frutti.

(6) V. § 261. Nota 16. 17. 22., e sopra § 199. n. I. 1.

(7) V. § 176. Nota 11.

(8) V. § 177-179.

(9) L. 1. pr. D. *si mensor* (11. 6.) L. 38. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 5. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. pr. § 5. 7. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.)

(10) Paul. S. R. II. 18. § 1.; L. 26. L. 38. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 91. D. *de furtis* (47. 2.)

(11) L. 11. § 3. L. 22. § 1. 2. L. 36. L. 37. L. 48. pr. L. 59. D. *eod.*; Cato *de re rust.* c. 14.

(12) L. 30. § 3. L. 36. L. 51. § 1. D. *eod.*

(a) Chi promette il suo lavoro relativamente al lavoro appellasi locatore, e relativamente all'opera da farsi, conduttore; e viceversa chi promette la mercede relativamente al l'opera da farsi dicesi locatore, e relativamente al lavoro, che l'altro ha promesso di prestare, conduttore. Nota del Trad.

stra egli medesimo tutt' i materiali che vi occorrono, allora la convenzione non è più una *locatio conductio operis*, ma una vendita, il che veramente da prima era controverso, ma da Giustiniano fu deciso a questo modo (13), e se l' intraprenditore riceve le cose in maniera, che sia tutt' uno se egli adoperi per lo scopo prefisso precisamente queste medesime cose, o altre ugualmente buone, *locatio oneris s. operis aversi*, allora ciò ha almeno il singolare effetto che la proprietà passi in lui (14). Particolari eccezioni dalla capacità di contrarre locazioni sono: che 1) i tutori, secondo un Rescritto di Settimio Severo e Caracalla, prima di rendere il conto, non possono prendere in affitto dal Fisco (15); 2) i soldati e Decurioni in generale non possono prendere in locazione o a colonia niun fondo (16); e 3) gli Ecclesiastici neppure possono prendere a colonia se non i fondi appartenenti alla loro Chiesa (17). Anche qui, come nella vendita, non importa se vi sia o no eguaglianza di valore fra le prestazioni da farsi dall' uno e dall' altro lato (18); nondimeno se la mercede è una piccolissima quantità interamente sproporzionata, *locatio uno nummo*, allora la convenzione si ritiene come donazione o comodato (19), ma la remissione posteriore del prezzo di locazione non altera per nulla la natura del contratto (20). Generalmente è necessario che la mercede sia determinata in denaro (21), quando anche fosse pattuito che la soddisfazione potesse consistere in altro (22). Solo la locazione a colonia ammette anche la determinazione della mercede in frutti (23), presupposto però che sia pattuita una quantità determinata di frutti. Imperocchè se i frutti debbono esser divisi a parti eguali o ineguali, allora la convenzione,

(13) § 4. J. *de locat.* (3. 24.) Confr. con L. 2. § 1. L. 22. § 1. D. *eod.* L. 20. L. 65. D. *de contr. empt.* (18. 1.); Caj. III. 147. Per gli edifizii l' intrapreditore dee prestare anche il suolo, altrimenti non vi è che una *locatio conductio operis* L. 20. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(14) L. 31. D. *locati* (19. 2.). I pratici parimente indicano ciò come *locatio conductio irregularis*.

(15) L. 49. D. *eod.* L. 1. § 9-12. D. *de lege Cornel. de fals.* (48. 10.) L. un. C. *ne tut. vel. cur.* (5. 41.)

(16) L. 50. D. *locati* (19. 2.) L. 30. L. 31. L. 35. C. *eod.* (4. 65.)

(17) Nov. 123. c. 6.

(18) L. 22. § 3. L. 23. D. *eod.*

(19) L. 20. § 1. L. 46. D. *eod.* L. 10. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.). Per le cose che producono frutti vi è una donazione dei frutti, per le altre non vi è che un comodato.

(20) L. 5. L. 24. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(21) V. I passi citati nella Nota 1.

(22) L. 35. § 1. D. *eod.*

(23) L. 19. § 3. D. *eod.* L. 18. L. 21. C. *eod.*

che vien detta *colonia partiaria*, viene interamente riguardata qual società (24). Come contratto consensuale la locazione di qualunque specie non richiede forma veruna (25), e solo in alcuni casi si ricerca una pubblica licitazione (26), come contratto bilaterale poi produce due azioni dirette, *l'actio locati* da parte del locatore, e *l'actio conducti* da parte del conduttore (27), le quali sono amendue di buona fede (28). Il locatore, se altrimenti non siasi convenuto, dev'essere il primo a far la sua prestazione, per il che *l'actio conducti* per regola può intentarsi incontanente, ma l' *actio locati* solo dopo finita la locazione (29). In generale le obbligazioni sono:

1.° Per parte del locatore 1) nella locazione di cose A. di consegnare a tempo debito la cosa locata con tutto ciò che vi appartiene (30), altrimenti il conduttore può chiedere il risarcimento del danno, e posteriormente non è più tenuto di riceversi la cosa, a meno che il locatore non solamente fosse senza colpa, ma avesse eziandio offerto una cosa egualmente buona (31); B. di fare le riparazioni necessarie (32), come pure di pagare le imposte ed altri pesi della cosa (33); C. di rimborsare al conduttore le spese necessarie ed utili, e ciò che abbia dovuto pagare per la cosa (34.), e D. di prestare i danni interessi, allorchè scientemente gli abbia locata una cosa viziosa (35), ovvero delle cose che il conduttore non può ritenere (36), ovvero egli medesimo lo impedisca o lo turbi nel suo godimento (37), ovvero gli si possa imputare a colpa che ciò

(24) Cato *de re rust.* c. 138. 144. 145. L. 25. § 6. D. *eod.* L. 13. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *de pactis* (2. 3.). Presso Cato *de re rust.* c. 13. il *conductor operis* chiamasi anche *partiarius* quando i materiali si forniscono da lui e dal locatore.

(25) L. 1. L. 2. pr. L. 14 D. *locati* (19. 2.) pr. J. *eod.* L. 24. C. *eod.*

(26) L. 3. C. *de locat. praed. civil.* (11. 70.)

(27) Pr. J. *de locat.* (3. 24.). Nella *locatio conductio operis* talvolta sono invertiti anche i nomi delle azioni p. e. nella L. 48. pr. D. *eod.*

(28) § 28. J. *de action.* (4. 6.)

(29) L. 24. § 2. L. 30. § 3. D. *locati* (19. 2.)

(30) L. 19. § 2. L. 60. D. *eod.*

(31) L. 9. pr. L. 24. § 4. L. 60. D. *eod.*

(32) L. 15. pr. L. 25. § 2. L. 58. § 2. D. *eod.*

(33) L. 39. D. *de usufr.* (7. 1.) L. un. § 3. D. *de via publ.* (43. 10.)

(34) L. un. § 3. D. cit. L. 55. § 1. L. 61. pr. D. *locati* (19. 2.). Per le spese voluttuose non si trova che un *jus tollendi* L. 19. § 4. D. *eod.*

(35) L. 13. § 8. L. 19. § 1. L. 60. § 7. D. *eod.* L. 63. § 5. 6. D. *de furt.* (47. 2.). Soltanto nella locazione di botti da vino non si ha riguardo alla conoscenza del difetto L. 19. § 1. D. *locati* (19. 2.)

(36) L. 9. pr. § 1. D. *eod.*

(37) L. 15. § 8. L. 19. § 5. L. 24. § 4. L. 27. pr. L. 30. pr. L. 33. L. 35. pr. D. *eod.* L. 15. C. *eod.*

avvenga per parte di altri (38), ed in generale allorchè il conduttore per colpa del locatore (sotto al qual rapporto questi è responsabile anche per la menoma colpa) patisce danno o non ha il godimento, che gli appartiene (39). 2) Nella locazione poi di opere le obbligazioni sono: A. di prestare esattamente i servigi ed i lavori promessi in conformità della convenzione e dello scopo prefisso, e di consegnare convenientemente le cose, alle quali la prestazione dei servigi ebbe rapporto (40); B. di risarcire tutt'i danni cagionati, nel che parimente il locatore è responsabile per ogni negligenza, e per conseguenza è tenuto anche alla *custodia*, se gli sieno state affidate delle cose mobili (41), ed oltre a ciò è responsabile per la colpa delle persone, che ha impiegate al lavoro (42); C. finalmente allorchè la proprietà delle cose da lavorarsi è passata in lui (43), ovvero allorchè egli ha usato delle cose affidategli in un modo contrario al contratto, sopporta eziandio il rischio dell'avvenimento fortuito (44). Se son locate le opere a più persone, è preferito colui che è stato il primo a farsele promettere (45); ma se più persone hanno promessa l'esecuzione di un'opera, tutti rispondono solidalmente (46), e quì non è mai permesso di sostituirsi delle altre persone, senza il consenso del conduttore (47).

2.° A queste obbligazioni del locatore si contrappongono le seguenti obbligazioni del conduttore: 1) L'obbligazione più generale è di pagare il prezzo di locazione, e questo unitamente agl'interessi nel caso di mora (48), nondimeno solo dopo terminata la locazione, purchè non siasi pattuito, o non sia nella consuetudine del luogo di fare un pagamento

(38) L. 15. § 9. L. 16. L. 17. L. 18. L. 19. pr. L. 25. § 2. L. 33. D. *eod.*

(39) L. 60 § 7. D. *eod.* L. 28. C. *eod.*

(40) L. 11. § 3. L. 24. pr. L. 36. L. 51. § 1. L. 58. § 1. L. 60. § 3. D. *eod.* L. 22. C. *eod.*

(41) L. 9. § 5. L. 13. pr. § 2. 5. 6. 8. L. 25. § 7. 8. L. 40. L. 60. § 2. 9. D. *eod.* L. 12. pr. L. 14. § 12. L. 49. § 4. D. *de furtis* (47. 2.) L. 1. L. 28. C. *de locat.* (4. 65.). È una singolarità che il locatore di opere non ha l'*actio furti* contro i suoi serventi L. 89. D. *de furtis* (47.2.)

(42) L. 25. § 7. D. *locati* (19. 2.)

(43) L. 31. D. *eod.*

(44) L. 13. § 1. 3. D. *eod.* Nel caso dell'uso di una cosa a proprio profitto può anche contenersi un furto L. 49. § 4. D. *de furtis* (47. 2.) § 6. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 42. D. *locati* (19. 2.)

(45) L. 26. D. *locati* (19. 2.)

(46) L. 85. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(47) L. 31. D. *de solut.* (46. 3.). Non si oppone la L. 48. pr. D. *locati* (19. 2.)

(48) L. 54. pr D. *locati* (19. 2.) L. 17. § 4. D. *de usur.* (22. 1.) L. 2. L. 17. C. *de locat.* (4. 65.)

anticipato, o a diversi termini (49), ovvero non sia stata accettata la prestazione del locatore (50). Cioè se il conduttore non si avvale della locazione, senza far distinzione se non abbia voluto o non abbia potuto ricevere la prestazione, ciò non lo libera, se non in quanto il locatore impiegando altramente la sua cosa o il suo lavoro sia stato indennizzato (51). Ma d'altra parte egli pure non è tenuto a pagare se non in quanto gli sia fatta la prestazione, anche nel caso che il locatore non sia in colpa (52), e se di già avesse, pagato potrebbe domandare indietro ciò che avea dritto di ritenersi (53). Soltanto è mestieri che la mancanza nella prestazione non sia affatto insignificante (54). Nella colonia questi principi sono siffattamente applicati, che quando per la cattiva annata, per la grandine, o per altri sinistri si perdono i frutti, il colono può domandare una proporzionata riduzione della mercede, nella presupposizione che la perdita avvenga prima che egli mediante la percezione ne abbia acquistata la proprietà, che il danno non sia di pochissimo momento, e che non sia compensato dalle abbondanti ricolte degli altri anni (55). Una eccezione s'incontra solo nella *locatio conductio operis*, in cui le disgrazie che distruggono o danneggiano l'opera, prima che sia consegnata, non liberano dal pagamento, purchè non siano provenute da una qualità viziosa dell'opera (56); 2) nella locazione di opere debbono rimborsarsi al locatore anche le spese ed i pagamenti che egli ha dovuto fare per cagione della prestazione, quando non formino una parte della stessa prestazione di servigi, di cui si è incaricato (57), ma non mai si è tenuto a ristorarlo delle perdite per avvenimenti fortuiti, alle quali nell'esecuzione delle opere è andato incontro (58). 3) Nella locazione di cose finalmente il conduttore A. dee

(49) L. 30. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 34. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 8. L. 19. C. *de locat.* (4. 65.)

(50) L. 24. § 2. D. *locati* (19. 2.)

(51) L. 19. § 9. L. 24. § 2. L. 38. pr. L 55. § 2 L. 61. § 1. D. *eod.* L. 14. C. *eod.*

(52) L. 9. § 4. L. 11. § 1. L. 13. § 7. L. 15. § 1-3. L. 25. § 2. L. 27. § 1. L. 30. § 1. L. 33. L. 34. L. 35. pr. D. *eod.* Ma non ha luogo il risarcimento dell'interesse quando il locatore non è in colpa, il che fu ammesso sull' autorità di Servio Sulpizio L. 35. pr. D. *eod.*

(53) L. 9. § 4 L. 15. § 6. L. 19. § 6. L. 33. D. *eod.*

(54) L. 24. § 4. L. 27. pr. D. *eod.*

(55) L. 15. § 2-7. L. 25. § 6. D. *eod.* L. 8. L. 18. C. *eod.* (4. 65.)

(56) L. 36. L. 37. L. 51. § 1. L. 59. L. 62. D. *eod.*

(57) L. 22. § 2. L. 60. § 8. D. *eod.*

(58) L. 15. § 6. D. *eod.*

in prima trattare la cosa in conformità della convenzione, e ad ogni modo poi come un diligente padre di famiglia (59); B. Dopo finita la locazione egli è tenuto di restituir senza indugio la cosa, per assicurare la quale obbligazione Diocleziano dispose che, quantunque sia nulla la convenzione per la quale si prenda in affitto la cosa propria (60), nondimeno non possa allegarsi l'eccezione della proprietà, quando essa abbia bisogno di esser dimostrata (61), e Zenone aggiunse che il conduttore, il quale senza legittima ragione ricusa la restituzione fino alla condanna, debba in pena pagarne anche il valore (62), C. Inoltre il conduttore dee prestar risarcimento per la perdita e pel deterioramento della cosa, sotto il qual rapporto è anche responsabile per ogni colpa (63), e quando la locazione riguarda cose mobili, non solo ha il dovere della custodia (64), ma deve anche essere esposto al giuramento estimatorio (65). D. Per certo il conduttore per regola non risponde del caso fortuito più che non risponde del necessario consumarsi della cosa (66). Intanto si fa eccezione allorchè egli non dee restituire che il valore delle cose locate (67), o allorchè usava della cosa in modo contrario al contratto quando la disgrazia avvenne (68). Se vi sono più conduttori, tutti sono solidalmente risponsabili, anche pel prezzo di locazione (69). Ha molta attenenza colla locazione di opere la convenzione, con la quale alcuno per un compenso si obblighi alla prestazione di quelle opere e servigi, che son tenuti come *operae liberales*. Il compenso allora appellasi onorario *honorarium*, *salarium*, ed a nulla monta se sia anticipatamente determinato, ovvero posteriormente e dopo la prestazione debba esser liquidato. Ma la differenza dalla locazione sta in questo, che l'azione per l'onorario non è *l'actio locati*, ma

(59) § 5. J. *eod.* (3. 24.) L. 11. § 1. 2. 4. L. 24. § 3. L. 25. § 3. L. 29. L. 30. § 2. L. 51. pr. D. *eod.*

(60) L. 15. D. *depos.* (16. 3.) L. 21. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 20. L. 23. C. *de locat.* (4. 65.). Non si oppongono lo L. 28. L. 37. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(61) L. 25. C. *de locat.* (4. 65.)

(62) L. 34. C. *eod.*

(63) L. 5. § 15. D. *commodati* (13. 6.) L. 11. pr. L. 25. § 3-5. D. *locati* (19. 2.) L. 28. L. 29. C. *eod.*

(64) § 5. J. *eod.* Per gl' immobili ciò non ha luogo L. 41. D. *eod.* Non si oppongono le L. 13. pr. L. 25. § 4. L. 29. D. *eod.*

(65) L. 48. § 1. D. *eod.*

(66) § 5. J. *eod.* L. 9. § 2. 3. 4. L. 30. § 4. L. 41. D. *eod.*

(67) L. 54. § 2. D. *eod.* V. sopra Nota 3.

(68) L. 11. § 1. 4. L. 12. L. 13. § 3. D. *eod.*

(69) L. 47. D. *eod.* L. 13. C. *eod.*

sibbene appartiene alla *extraordinaria cognitio praetoris* (70), e che l'onorario di già pagato non può richiedersi indietro, allorchè il servigio da prestarsi senza colpa dell'obbligato non possa più venir prestato (71), ma dall'altro lato anche qui l' impossibilità di ricevere i servigi non libera dal pagamento dell'onorario, se non in quanto colui che dee prestar l'opera, impiegando in altro modo i suoi servigi, abbia ottenuto un compenso equivalente (72),

B. Fine della locazione.

§. 261. Siccome la locazione per regola tende a prestazioni, che non possono in una sola volta essere adempiute, così sorge qui la quistione, in che modo la locazione abbia fine. Questa si estingue:

1.° Pel compimento, allorchè si è raggiunto lo scopo pel quale la locazione erasi fatta, al che appartiene naturalmente, nella *locatio conductio operis*, il compimento e la consegna dell'opera.

2.° Pel caso fortuito, allorchè la cosa locata è perita, o la prestazione del locatore in altra guisa è divenuta impossibile (1).

3.° Per la morte del locatore, nella locazione di opere (2), o allorchè si è riserbata la facoltà di recedere dal contratto a proprio talento (3), giacchè altrimenti la locazione da ambo i lati passa agli eredi (4).

4.° Nella locazione di cose, per un cambiamento nel dritto sulla cosa, allorchè 1) il conduttore acquista la proprietà (5), ovvero 2) il locatore non avea sulla cosa che un dritto rivocabile, e questo è venuto a cessare (6), eccetto il caso che dopo lo scioglimento del matrimonio abbia luogo la ripresa delle cose dotali date in affitto (7), o 3) il locatore

(70) L. 1. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.) L. 6. pr. L. 7. L. 56. § 3. D. *mandati* (17. 1.) L. 1. C. *eod.* (4. 35.)

(71) L. 38. § 1. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 13. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 3. § 6. L. 5. § 6. C. *de advoc. div. judic.* (2. 8.)

(72) L. 4. D. *de offic. assessor.* (1. 22.) L. 19. § 10. D. *locati* (19. 2.)

(1) V. § 260. Nota 52. e 53.

(2) Imperocchè ora la prestazione è divenuta impossibile al locatore. Non si oppongono le L. 13. C. *de contr. stip.* (8 38.) L. un. § 9. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(3) L. 4. D. *locati* (19. 2.)

(4) § 6. J. *de locat.* (3. 24.) L. 19. § 8. L. 24. § 5. L. 60. § 1. D. *eod.* (19. 2.) L. 10. L. 11. C. *cod.* (4. 65.)

(5) L. 9. § 6. L. 10. D. *eod.*

(6) Nondimeno quando il locatario non è stato informato della revocabilità del dritto del locatore, esso può domandare il risarcimento del danno L. 9. § 1. D. *eod.*

(7) L. 1. § 15. D. *de dote praeleg.* (33. 4.) L. 25. § 4. D. *sol. matrim.* (24. 3.)

aliena la proprietà, o vi stabilisce tali *jura in re*, che abbraccino tutto l'uso della cosa, nel qual caso non solo il conduttore non è tenuto a continuare la locazione a profitto dell'acquirente (8), ma questi eziandio non è obbligato di tollerarne la continuazione (9); nondimeno in quest' ultimo caso il conduttore può chiedere una indennità dal locatore (10); ma ciò non ha luogo anche nel caso che si apra un concorso contro il locatore, giacchè i creditori debbono mantenere l'affitto (11).

5.° Per la disdetta, la quale nella locazione a tempo indeterminato può ad ogni momento liberamente farsi da ciascuna delle parti, in quanto la convenzione o la consuetudine locale non vi apportino delle restrizioni (12); per contrario nella locazione a tempo determinato, o per uno scopo determinato da conseguirsi mediante la medesima, essa non è permessa che per eccezione. 1) In questo caso il locatore può fare la disdetta soltanto A. allorchè il conduttore è obbligato a pagare in diversi termini, e per due anni non ha pagato il fitto (13), ovvero B. allorchè il medesimo abusa della cosa locata (14), ovvero C. allorchè il locatore di una casa manifestamente ne ha bisogno per sè (15), ovvero D. allorchè la casa locata ha mestieri di una riparazione tale, che l' inquilino non vi possa frattanto rimaner den-

(8) L. 32. D. *locati* (19. 2.). Il contrario si sostiene nel tratt. civ. di *Heise* e *Kropp* vol. II. n. 10. pel caso che l'alienante abbia assicurato all' acquirente della cosa la continuazione dell'affitto.

(9) L. 25. § 1. L. 32. L. 58. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 59. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 13. § 30. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 120. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. C. *de locat.* (4. 65.). Soltanto trovasi una piccola restrizione per le alienazioni del fisco L. 50. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(10) V. I luoghi citati nella precedente Nota. Da ciò risulta che la massima: » la vendita rompe l'affitto » non è vera che per metà, imperocchè il locatore non è assolutamente liberato. Del rimanente si contiene nella indennità anche ciò che il conduttore mediante la sublocazione avrebbe guadagnato L. 7. L. 8. L. 30. pr. D. *locati* (19 2.) L. 53. pr. D. *de act. empti* (19. 1.). Per contrario il subconduttore non puo richiedere alcuna indennità, giacchè l' alienazione pel sublocatore è un *casus*.

(11) L. 8. § 1. D. *de bon. auct. poss.* (42. 1.). Secondo ciò quando la vendita si fa dai creditori, ed il compratore non vuol lasciar sussistere l'affitto, il dritto che il conduttore ha alla indennità, dev'esser trattato come un debito della massa.

(12) L. 19. C. *de locat.* (4. 65.)

(13) L. 54. § 1. L. 56. D. *locati* (19. 2.) Nov. 120. c. 8. Nelle locazioni del fisco basta l' arretrato di un solo anno, se il fittajuolo è insolvibile L. 2. C. *de fund. rei priv.* (11. 65.) Ma senza ragione da molti il concorso del locatario vien riguardato in generale come causa di disdetta. *Schweppe*, Concorso § 62.

(14) L. 3. C. *de locat.* (4. 65.) Nov. 120. c. 8.

(15) L. 3. C. cit.

tro (16). E 2) il conduttore dal suo canto può far la disdetta soltanto A. allorchè la prestazione non è seguita a tempo debito (17), eccetto quando un' opera da eseguirsi sia stata colpita da un caso fortuito, giacchè allora l' intrapreditore in caso di bisogno ha di nuovo l' intero spazio di tempo, che gli si era in prima conceduto (18); B. allorchè si provi che le spese di un' opera data in appalto sono state valutate dall' intraprenditore ad una somma troppo bassa (19); C. allorchè la cosa locata ha, o acquista dei difetti, i quali essenzialmente si attraversano allo scopo della locazione (20), e D. allorchè un legittimo timore costringe ad abbandonare la casa data in affitto (21).

6.° Per la sopavvenienza di una condizione risolutiva (22), e pel decorrimento del tempo stabilito per la locazione (23), nel che in generale non ha luogo alcun obbligo per la rinnovazione dell' affitto (24). Solo i coloni del Fisco, secondo una disposizione di Teodosio I. hanno il dritto di conservare la locazione quando offrono di dare la medesima mercede offerta da altri (25), ed al contrario l' antica usanza di costringerli a continuare nella locazione, allorchè niuno volesse dare altrettanto, fu già abolita da Adriano (26). Se una locazione finita continua tacitamente, *relocatio tacita*, si ritengono in tal caso le condizioni del primo affitto (27), colla semplice modificazione che i garanti non son più responsabili (28), e che non si applica più il primo termine della locazione, giacchè, se anticipatamente non si sia nulla convenuto per tal caso, la colonia dee sempre durare un anno, e la locazione di una casa per contrario (il che è da estendersi eziandio ad ogni altro affitto) può in ogni tempo da ciascuna parte farsi cessare (29).

(16) L. 13. § 10. L. 30. pr. L. 35. pr. D. *eod.* L. 3. C. cit.
(17) L. 24. § 4. L. 60. pr. D. *eod.*
(18) L. 14. L. 15. D. *de V. O.* (45. 1.)
(19) L. 60. § 4. D. *locati* (19. 2.)
(20) L. 25. § 2. L. 27. pr. L. 60. pr. D. *eod.*
(21) L. 13. § 7. L. 27. § 1. D. *eod.*
(22) L. 9. § 1. L. 20. § 2. L. 21. D. *eod.*
(23) L. 13. § 10. 11. L. 14. D. *eod.*
(24) L. 11. L. 32. C. *eod.* (4. 65.)
(25) L. 4. L. 5. C. *de locat. praed. civil.* (11. 71.)
(26) L. 3. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. § 1. D. *de publican.* (39. 4.). Nondimeno Paolo nella L. 11. § 5. D. *eod.* parla tuttora di quell' uso come dritto in voga.
(27) L. 13. § 11. L. 14. D. *locati* (19. 2.) L. 16. C. *eod.* (4. 65.)
(28) L. 13. § 11. D. *eod.* L. 7. C. *eod.*
(29) L. 13. § 11. D. *eod.*

3) *Contratto di società.*

§ 262. La convenzione di più persone di conseguire uno scopo comune riunendo insieme i loro mezzi, che addomandasi contratto di società, *societas*, differisce dai rimanenti contratti in ciò che tutti quanti i socii,il cui numero non è limitato, stanno scambievolmente fra loro in una medesima relazione di creditori e debitori, dal che dipende che tutti hanno una sola e medesima azione *l' actio pro socio*, che ciascun socio può promuovere contro ciascun socio (1), e che però appellasi azione diretta da ambi i lati (2). Siccome la società, per la quale principalmente,e molto prima che per gli altri contratti fu riconosciuta come direttamente obbligatoria la convenzione conchiusa mediante un procuratore (3) appartiene agli antichi contratti consensuali presi dal *jus gentium* (4), così non richiede alcuna formalità, (5) ma può anche contrarsi tacitamente *re* mediante il dare e il ricevere un conferimento(6). Con gran maraviglia si contrastò molto sulla quistione se potessero aggiungervisi condizioni sospensive,finchè Giustiniano non l'ebbe espressamente permesso (7). Ma è essenziale la comunione tanto dello scopo quanto dei mezzi, e però allorchè si è pattuito che alcuno debba solo contribuire ai mezzi,ovvero solo partecipare allo scopo senza conferir nulla, questi non si vuol tenere come socio (8),sebbene una tal convenzione chiamata per ischerno società leonina *societas leonina*(9) possa sussistere come donazione da parte, o a favore degli altri partecipanti, in quanto siasi avuta intenzione di fare una liberalità (10).Per contrario è

(1) L. 31. L. 32. D. *pro socio* (17. 2.)

(2) § 2. J. *de poena temere litig.* (4. 16.): « *actio pro socio, quae ab utraque parte directa est.* »

(3) L. 84. D. *pro socio* (17. 2.) V. sopra § 251. Nota 29. Probabilmente questa singolarità, che per verità è soltanto storicamente importante, sta in connessione con le *societates publicanorum* che aveano si grande importanza.

(4) L. 7. pr. § 1. D. *de pactis* (2. 14.). Non vi è alcuna ragione di dover ammettere un Editto pretorio sulla società. Nulla dimostra che i testi nel tit. D. *pro socio* (17. 2.) sieno presi dalle opere sull'Editto, imperocchè i libri *ad Edictum* si estendevano anche a materie di puro dritto civile.

(5) § un. J. *de consensu obl.* (3. 22.) L. 19. D. *pro socio* (17. 2.)

(6) L. 4. pr. D. *eod.*

(7) L. 6. C. *eod.* (4. 37.)

(8) L. 5. § 2. L. 29. § 2. L. 30. D. *eod.*

(9) L. 29. § 2. D. *eod.*

(10) Non si oppongono le L. 5. § 2. D. *eod.* L. 16. § 1. D. *de minor.* (4. 4.) L.

permessa l'ineguaglianza e la diversità dei conferimenti (11); del pari secondo la teorica posteriormente ammessa sull'autorità di Servio Sulpizio può stabilirsi per patto una porzione disuguale degli utili (12) ed è indifferente in che cosa questi utili consistano, purchè non contengano nulla d' illecito (13). Ordinariamente la società cade sull' acquisto, sul guadagno *societas quaestuaria*, ma può anche avere altri scopi, *societas non quaestuaria*, ai quali si può riferire anche l'associazione per l' uso comune di una cosa *societas quoad usum* (14). Per rapporto alla estensione la società si divide in società universale *societas universorum bonorum*, la quale comprende tutt' i mezzi e ragioni di acquisto dei socii, ed in società particolare *societas quorumdam bonorum* s. *certarum rerum*, la quale si estende soltanto a certi mezzi (15). Allorchè quest' ultima si suddivide in società generale e speciale, per la prima s' intende la *societas quaestus*, nella quale dee ricadere in comune almeno tutto ciò, che i soci guadagnano con la loro industria (16), e per la seconda, la *societas unius rei* s. *negotii* nella quale entra soltanto ciò che i soci guadagnano con alcuni mezzi e conferimenti specialmente determinati (17).

1.° Nella società universale diviene comune non solamente tutto ciò che i socii posseggono al tempo della conchiusione del contratto (18), senza mestieri che le cose sieno consegnate (19), mentre al contrario i crediti debbono esser primamente ceduti (20), ma eziandio tutto ciò

32. § 24. D. *de donat. inter V. et U.* (24. 1.) L. 35. § 5. D. *de mort. causa don.* (39. 6.), le quali negano soltanto che una donazione di tal fatta faccia nascere un rapporto di società.

(11) L. 5. § 1. L 29. pr. § 1. L. 52. § 2. L. 58. pr. L. 80. D. *pro socio* (17. 2.) L. 1. C. *eod.* (4. 37.)

(12) Caj. III. 149. 150.; § 1. 2. J. *de societate* (3. 25.) L. 29. § 1. L. 30. D. *eod.*

(13) L. 57. L. 53. L. 52. § 17. D. *eod.* L. 1. § 14. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 70. § 5. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(14) L. 52. § 13. D. *pro socio* (17. 2.)

(15) Caj. III. 148.; pr. J. *de societate* (3. 25.) L. 1. § 1. L. 2. L. 3. L. 5. pr. § 1. L. 52. § 2. 4-8. 16-18. L. 53. L. 63. pr. L. 65. pr. L. 73. D. *eod.* L. 16. D. *de re jud.* (42. 1.)

(16) L. 7-13. L 71. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 45. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(17) Pr. J. *de societ.* (3. 25.) L. 52. § 2. 4-8. L. 58. pr. L. 63. pr. L. 65. pr. L. 69. D. *pro socio* (17. 2.). Il più stretto caso che qui si riferisca è la società per una sola intrapresa.

(18) L. 1. § 1. L. 52. § 16. L. 67. § 1. D. *eod.* L. 4. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(19) L. 2. D. *eod.*

(20) L. 3. pr. D. *eod.*

che posteriormente in qualunque modo si acquista, eccetto soltanto quello che si acquisti in un modo illecito (22). Intanto sulle cose acquistate di poi non nasce la comproprietà se non per mezzo della tradizione (23), ma se questa interviene si acquistano per essa anche le cose procurate in una guisa illecita, giacchè i socii non possono per certo richiedere di partecipare degli acquisti illeciti, ma possono benissimo ritenere ciò che hanno ricevuto (24). Or poichè qui l' individuo non ha alcun patrimonio separato, ne segue che egli possa prendere dalla massa comune tutto ciò che gli fa mestieri per sè e per i suoi, e per l'adempimento delle sue obbligazioni (25), e se non siavi una speciale convenzione, non si ha riguardo che uno abbia preso più di un altro (26). Soltanto, se alcuno abbia pagato qualche cosa per azioni illecite, gli altri nella divisione potranno imputare nella sua parte ciò che avrà preso, eccetto allorchè sia stato ingiustamente condannato al pagamento, o gli altri scientemente abbiano accettato il guadagno prodotto dal suo fatto (27); di più niuno può validamente alienare al di là della porzione che gli spetta (28). La divisione qui non ha luogo se non dopo lo scioglimento della società.

2.° Per contrario nelle società particolari, nelle quali la divisione del guadagno può aver luogo anche durante la società, non cade in comunione se non quello che si acquista coi mezzi comuni (29), per la qual ragione anche nella *societas quaestus* le donazioni, le eredità, i legati, e somiglianti acquisti non ottenuti mediante l' industria o il lavoro rimangono esclusi dalla società (30). Conseguentemente a ciò ciascuno in particolare non ha dritto che alla sua parte (31), senza che gli altri abbiano ad aver riguardo a' suoi bisogni o a' suoi debiti (32). Con queste differenze principali della società universale, e particolare stanno anche in connessione alcune differenze secondarie (33), le quali

(21) L. 3. § 1. L. 52. § 16. L. 67. § 1. L. 73. D. *eod.*

(22) L. 52. § 17. L. 53. D. *eod.*

(23) L. 74. D. *eod.*

(24) L. 53-56. D. *eod.*

(25) L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 73. D. *pro socio* (17. 2.)

(26) L. 5. § 1. L. 73. D. *eod.*

(27) L. 52. § 18. L. 55. L. 56. L. 59. § 1. D. *eod.*

(28) L. 68. pr. D. *eod.*

(29) L. 3. § 2. L. 52. § 5. 6. L. 60. § 1. L. 67. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 3. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(30) L. 7-13. L. 71. § 1. D. *pro socio* (17.2.) L. 45. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(31) L. 68. pr. D. *pro socio* (17. 2.)

(32) L. 12. L. 82. D. *pro socio* (17. 2.) L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(33) V. Nota 103-106.

però convenientemente apparisceno dai principii generali che si possono ridurre alla seguente enumerazione. A. *l'actio pro socio* risultante dalla società può riguardare anche i diritti risultanti da diverse società tra le medesime persone (34). Essa è di buona fede (35), e nel tempo stesso infamante, allorchè il convenuto vien convinto di dolo o di colpa grave (36), ma il medesimo gode anche dall' altro canto del beneficio della competenza (37), presupposto che non siasi renduto colpevole di dolo (38), e non abbia negata la società (39). Nell'Editto del Pretore questo favore fu per verità introdotto solo pei socii universali (40), ma secondo l'opinione di Masurio Sabino fu esleso eziandio ai socii particolari (41). Le obbligazioni poi che si possono far valere coll' *actio pro socio* sono: 1) la prestazione del conferimento promesso (42), che nel dubbio è eguale per tutti (43); 2) la ripartizione di tutti gli acquisti appartenenti alla società, allorchè il convenuto gli ha nelle sue mani (44), e quì per le somme di danaro si hanno a pagare interessi non solo nel caso di mora, ma anche per cagione dell' impiego faltone a proprio vantaggio (45); 3) il rimborso de'pagamenti e delle spese, che l'attore abbia fatte per la società (46), insieme con gl'interessi dal momento dell'impiego in poi (47), e questi nella misura più alta che sia permessa, allorchè il pagamento fu fatto per la riparazione di un e-

(34) L. 52. § 14. D. *pro socio* (17. 2.)

(35) L. 45. L. 52. § 1. L. 78. L. 79. D. *eod.* § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(36) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) § 2. J. *de poena tem. lit.* (4. 16.); Cic. pro Rosc. Com. c. 6. pro Rosc. Amer. c. 40.

(37) § 38. J. *de act.* (4. 6.) L. 63. pr. § 1-6. L. 67. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 16. L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(38) L. 63. pr. L. 68. § 1. D. *pro socio* (17. 2.) L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(39) L. 67. § 3. D. *pro socio* (17. 2.) L. 22. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(40) L. 16. D. *eod.*

(41) L. 63. pr. D. *pro socio* (17. 2.). Intorno agli altri tentativi di conciliare la contradizione apparente tra questo passo e la L. 16. D. cit. veggasi *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XV. § 967. e Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 21. 22. 23.

(42) L. 32. L. 52. § 8. L. 69. D. *eod.*

(43) L. 29. pr. D. *eod.*

(44) L. 38. § 1. L. 43. L. 44. L. 45. L. 52. pr. § 8-13. L. 63. § 14. 15. L. 74. D. *eod.*

(45) L. 60. pr. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.). Se il socio ha per suo profitto dato il danaro ad interesse non è tenuto a restituire gl'interessi ricevuti, giacchè egli medesimo è tenuto pagare per questo gl'interessi L. 67. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(46) L. 38. § 1. L. 52. § 10. 12. 15. L. 67. pr. § 2. D. *eod.* L. 14. D. *de inst. act.* (14. 13.)

(47) L. 52. § 10. L. 67. § 2. D. *pro socio* (17. 2.)

dificio, nel qual caso oltre a ciò, secondo un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio, colui che ha fatta l'anticipazione si può appropriare l'edificio, se non sia rimborsato tra quattro mesi (48); 4) i risarcimenti per le perdite, che l'attore senza sua colpa ha patite per gli affari della società (49), e 5) il ristoro dei danni cagionati dal convenuto (50), nel qual rapporto un socio è risponsabile anche per le omissioni dannose (51), ed in generale per ogni colpa (52); e per conseguenza è tenuto eziandio alla *custodia* (53). Nondimeno per le lievi negligenze egli può liberarsi della responsabilità provando di non essere un diligente padre di famiglia, giacchè non è tenuto se non alla *diligentia quam in suis rebus* (54), eccetto che il suo conferimento non consista precisamente in prestazione di opere, *artes operae*, per la società (55). La circostanza che il colpevole abbia giovato in altra guisa alla società, non lo libera dall'obbligo di riparare il danno (56). B. secondo la regola che le convenzioni obbligano soltanto i contraenti, anche la società non esiste che per coloro che vi han preso parte, e però 1) le convenzioni, i delitti, ed altri atti di un socio costituiscono dei rapporti di obbligazione coi terzi soltanto per lui medesimo, e non già per i suoi socii (57), se pure il caso non sia tale che la regola *obligatio tertio non acquiritur* debba patire eccezione, anche astraendo dalla società (58), e 2) allorchè i socii contraggono in comune sia in persona sia per mezzo di procuratore, si applicano (59) i principii ordinarii sulle convenzioni comuni (60). Sono intanto delle eccezioni particolari, che un debitore possa

(48) L. 52. § 10. D. *eod.* L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.)
(49) L. 52. § 4. L. 60. § 1. L. 61. L. 63. § 5. L. 67. pr. D. *pro socio* (17. 2.)
(50) L. 39. L. 41. L. 42. L. 45. L. 47. pr. L. 48-51. L. 59. § 1. D. *eod.*
(51) L. 52. § 11. D. *eod.*
(52. L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.)
(53) L. 52. § 3. D. *pro socio* (17. 2.)
(54) § 9. J. *de societate* (3. 25.) L. 72. D. *eod.*
(55) L. 52. § 2. D. *eod.* L'eccezione contenuta anche in questo passo « *si rei communi socius nocuit* » si rapporta soltanto all'*actio legis Aquiliae* L. 47. § 1. D. *eod* L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)
(56) L. 23. § 1. L. 25. L. 26. D. *pro socio* (17, 2.)
(57) L. 19-23 L. 27. L. 28. L. 63. § 3. L. 67. § 1. 2. D. *eod.* L. 47. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)
(58) V. sopra § 250. e 251. Un mandato conferito per contrattare a nome della società più ordinariamente qui dà luogo ad una eccezio[illegible] 14. D. *de pact.* (2. 14.)
(59) V. sopra § 247.
(60) L. 1. § 25. L. 2. L. 3. L. 4. pr [illegible] (14. 1.) L. 13. § 2. L. 14. D. [illegible] 14. 3.) L. 44. § 1 [illegible] 1. 1.) L. 11. § 1. D. *de duob.*

opporre in compensazione al creditore i crediti del suo socio (61), che gli *argentarii* i quali stanno in società, per tutte le obbligazioni che risultano dal loro negozio, son tenuti come *correi* (62), che per le obbligazioni correali di socii, un compromesso, che uno conchiude è operativo per tutti (63), ed un *pactum de non petendo* per lo meno giova anche agli altri (64), sebbene non si possa loro opporre (65), e che i mercanti di bestiame come soci sono tutti insieme responsabili pei vizii e difetti dell' animale, che uno di essi abbia venduto (66). Per contrario non ha luogo alcun'eccezione allorchè un socio mediante una sua convenzione ha disposto delle cose sociali, il che non da agli altri che un credito contro di lui (67), o allorchè l' acquisto provenuto dalla convenzione o dal delitto di un socio è tornato a vantaggio della società, nel qual caso solo quel socio può fondare su di ciò delle pretensioni contro i suoi compagni, ma il terzo, dal quale l'acquisto è venuto, non può rivolgersi che contro di lui (68). C. La società si estingue: 1) pel conseguimento del suo scopo, allorchè fu contratta per una determinata impresa (69), 2) per la perdita fisica o giuridica del suo oggetto (70); 3) pel sopravvenire di condizioni risolutive, o d' un termine finale (71); 4) per lo scioglimento volontario (72); 5) per la rinunzia (73), che ciascun socio ha facoltà di fare, quantunque siasi conchiusa una società perpetua (74), e per siffatta rinuncia il socio non si libera da

reis (45. 2.) L. 9. C. *si certum pet.* (4. 2.) L. 2. C. *de duob. reis* (8. 40.) La L. 62. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) non contiene una vera eccezione.

(61) L. 11. D. *de duob. reis.* (45. 2)

(62) L. 9. pr. L. 25. pr. L. 27. pr. D. *de pact.* (2. 14); Cic. ad Herenn. II. 13.

(63) L. 34. pr. D. *de recept.* (4. 8.)

(64) L. 21. § 5. L. 25. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 3. § 3. D. *de liber. leg.* (34. 3.) L. 9. § 1. D. *de duob. reis* (45. 2.). Per rispetto agli *argentarii socii* Cic. ad Herenn. II. 13. dice il contrario.

(65) L. 27. pr. D. *de pactis* (2. 14)

(66) L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(67) L. 67. pr. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(68) L. 53-56. L. 67. pr. § 2. L. 82. D. *eod.* Quest' ultimo passo viene ordinariamente allegato in senso contrario, ma senza una sufficiente ragione.

(69) § 6. J. *eod.* L. 65. § 10. D. *eod.*

(70) L. 58. pr. L. 63. § 10. D. *eod.*

(71) L. 1. pr. L. 65. § 6. D. *eod.*

(72) L. 63. § 10. L. 64. L. 65. § 3. D. *eod.* L. 57. D. *de pact.* (2. 14.) § 4. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(73) § 4. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 63. § 10. L. 65. pr. § 3-8. D. *pro socio* (17 2.) L. 7. C. *eod.*

(74) L. 14. L. 70. D. *eod.*

qualunque responsabilità, se non quando fu indotto per dolo a conchiudere il contratto (75), ovvero quando la rinunzia avviene per la ragione che gli altri non abbiano adempito le loro obbligazioni (76), o perchè il rinunziante contro sua volontà debba andare in viaggio per affari dello Stato (77), o perchè senza sua colpa si trovi costretto a dover rinunziare (78), ma in tutt'altro caso son da fare parecchie distinzioni: a) cioè se gli altri per la rinuncia fatta in tempo non opportuno soffrono un danno, ne è dovuto loro il risarcimento (79). b) Se un socio rinunzia dolosamente per fare egli solo un acquisto o un guadagno, egli dee ciò non ostante farne parte agli altri, ma soffrire egli solo i danni e le spese dell'acquisto (80). c) Quando gli altri socii sieno assenti vale il medesimo per rapporto agli acquisti, che il rinunziante ha fatti prima che gli altri avesser notizia della rinunzia (81). d) Se la società fu contratta per un tempo determinato, allora fino a che non giunga il termine, si estinguono per la rinunzia solamente i dritti, ma non già anche le obbligazioni del rinunziante (82). 6) Per la morte di una delle parti (83), quando non siasi convenuto che la società debba continuare fra i superstiti (84); ma al contrario non si può anticipatamente stabilire che la società passi negli eredi del morto (85), eccetto nelle società fatte per prendere a colonia fondi dello stato (86); nondimeno i dritti e le obbligazioni sociali del morto, che di già si son verificate, continuano per gli eredi (87), questi possono anche menare a termine gli affari cominciati dal morto (88), e possono partecipare ancora a tutto ciò che fu eseguito prima che si fosse avuta notizia

(75) L. 3. § 3. D. *eod.* L. 16. § 1. D. *de minor.* (4. 4.)
(76) L. 14. L. 15. D. *pro socio* (17. 2.)
(77) L. 16. pr. D. *eod.*
(78) L 65. § 6. D. *eod.*
(79) L. 14. L. 17. § 2. L. 65. § 5. D. *eod.*
(80) L. 65. § 3. 4. D. *eod.* § 4. J. *eod.*; Caj III. 151.
(81) L. 17. § 1. D. *eod.*
(82) L 65. § 6. D. *eod.*
(83) § 5. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 52. § 9. L. 62. L. 63. § 10. L 65. § 9. D. *eod.*; Caj. III. 152.
(84) § 5. J. *eod.* L. 65. § 9 D. *eod.*
(85) L. 35. L. 37. L. 52. § 9. L. 59. pr. L. 65. § 9. 11. D. *eod.*
(86) L. 59 pr. L. 63. § 8. D. *eod.*
(87) L. 35 L. 36. L. 63. § 2. 8. L. 65. § 2. 9 D. *eod.* L. 3. C. *eod.* Nondimeno l' *actio pro socio* contro gli eredi perde la sua natura infamante L. 6. § 6. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)
(88) L. 40. D. *pro socio* (17. 2.)

della morte (89). 7) Per la morte civile di un socio, cioè per la *capitis diminutio maxima*, e *media* (90), ma non già anche per la *capitis diminutio minima* (91). 8) Per la confisca dell'intero patrimonio di un socio (92). 9) Per un concorso di creditori contro un socio, se gli altri non consentano a continuare nella società, nel qual caso però si ritiene come conchiusa una novella società (93). D. Nella divisione tra socii (94), la quale, allorchè vi si è stabilito un tempo, non può esser domandata prima (95), e per l'esecuzione della quale non si deve intentare *l' actio pro socio* ma sibbene *l' actio communi dividundo* (96), in mancanza di speciali convenzioni (97), ciascuno ha dritto ad una porzione eguale (98), nella presupposizione che i conferimenti non siano apprezzati per un valore disuguale, nel qual caso a ciascuno non compete che una porzione corrispondente a ciò che ha conferito (99). Che se si divide semplicemente il guadagno di una società particolare, allora si dee muovere dal principio che il guadagno consiste solo in ciò che rimane dall'acquisto, dopo fatta la deduzione delle spese e dei danni (100), se pure alcuno non se gli abbia in tutto o in parte addossati (101). Ma se al contrario si divide tutto, allora devesi in prima prelevar l'ammontare dei debiti, o prestar sicurezza per la loro soddisfazione a coloro che vi son tenuti (102). Di ciò che rimane, nella società universale, ciascuno ottiene una parte eguale (103), colla sola modificazione, che debba mettersi a conto di ciascuno in particolare ciò che egli per azioni illecite abbia consumato (104), e che ad un socio ammogliato debb' esser rimborsata la dote recata da sua moglie, allorchè questa

(89) L. 65. § 10. D. *eod.*
(90) Caj. III. 153.; L. 4. § 1. L. 63. § 10. D. *eod.*
(91) L. 58. § 2. L 63. § 11. D. *eod.*
(92) § 7. J. *eod.* L. 65. § 12. D. *eod.*
(93) Caj. III. 154.: § 8. J. *eod.* L. 4. § 1. L. 65. § 1. D. *eod.*
(94) *Ph. J. Mayr* diss. de divisione bonorum societatis. Landsh. 1825. 8.
(95) L. 14. L. 16. § 1. D. *eod.*
(96) L. 1. D. *communi div.* (10. 3.) L. 31. L. 32. L. 43. D. *pro socio* (17, 2.)
(97) § 1. 2. J. *eod.* L. 29. § 1. D. *eod.*
(98) L. 5. § 1. L. 29. pr. D. *eod.* § 3. J. *eod.* L. 3. C. *eod.*
(99) L. 6. L. 29. pr. L. 58. pr. L. 76-80. *eod.* Qui non si prende in considerazione la disposizione singolare della L. 15. § 18. L. 40. § 4. D. *de damno inf.* (39. 2.)
(100) L. 30. L. 52. § 4. L. 58. § 1. L. 67. pr. D. *pro socio* (17. 2.) § 2. J. *eod*
(101) § 1-3. J. *eod.* L. 29. § 1. L. 30. L. 69. D. *eod.*
(102) L. 27. L. 28. D. *eod.*
(103) L. 5. § 1. L. 73. D. *eod.*
(104) V. sopra Nota 27.

non dee rimanere a lui per sempre (105). Ma nella società particolare coloro che hanno conferito denaro o cose, riprendono innanzi tratto anche i loro capitali, cosicchè solo il residuo viene a dividersi (106).

4) *Del mandato e della procura.*

§ 263. Finalmente agli antichi contratti consensuali, che non van soggetti a formalità, appartiene eziandio la convenzione, che i Romani chiamano ***mandatum*** (1), per la quale non v' ha ancora alcun nome tedesco che vi corrisponda (2). Questo è quel contratto unilaterale, pel quale alcuno gratuitamente assume la cura di certi negozii, dei quali un altro gli dà commissione e facoltà (3); quest' ultimo chiamasi *mandans* s. *mandator*, e l'altro per contrario appellasi *mandatarius* s. *procurator*, e negli affari giudiziarii anche *cognitor*, allorchè il mandante venuto personalmente con lui innanzi al Magistrato, mediante una commissione a voce lo dichiara suo rappresentante (4). Se il mandato riguarda solamente alcuni affari individualmente determinati, appellasi *mandatum speciale* s. *unius rei*, se riguarda un intero complesso di affari, vien detto *mandatum generale* (5). Il più ampio mandato è quello che ha il *procurator omnium bonorum*, al quale vien commessa l'amministrazione di un intero patrimonio (6). Sono delle specie di mandato particolarmente distinte il *mandatum in rem suam* o la cessione (7), ed il così detto *mandatum qualificatum* (8). In generale

(105) L. 65. § 16. L. 66. D. *eod.*

(106) § 2. J. *eod.* L. 52. § 7. D. *eod.*; *Mayr* l. c. § 12. seg. Senza questa massima coloro che avrebbero fatto un conferimento sarebbero in una condizione peggiore rispetto a coloro che avessero conferita solamente l' opera , essendochè costoro riprendono ciò che han conferito, vale a dire essi possono nuovamente disporre della loro attività.

(1) § un. J. *de obl. quae ex cons.* (3. 22.) L. 1. pr. § 1. 2. L. 6. § 2. L. 18. D. *mandati* (17. 1.) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. C. *mandati* (4. 35.)

(2) Le espressioni ora usate non danno perfettamente l'idea del mandato, ma ciascuna di esse non indica che un lato solo del medesimo.

(3) L. 1. § 4. L. 2. D. *eod.* pr. § 1-6. J. *eod.* (3. 26.)

(4) Caj. IV. 83. 84.; Paul. S. R. I. 3. e 4. ; Fragm. Vat. § 313-319. ; Festo p. *Cognitor*; L. 1. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(5) L. 12. L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 1. L. 60. D. *de procurat.* (3. 3.) L. 12. § 7. D. *mandati* (17. 2.) L. 10. C. *eod.* (2. 13.) L. 8. C. *qui petant. tut.* (5. 31.)

(6) L. 12. D. *de pact.* (2. 14.) L. 1. § 1. L. 58-60. L. 63. D. *de procur.* (3. 3.) L. 17. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2) L. 12. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 65. § 7. D. *pro socio* (17. 2.) L. 6. § 6. L. 60. § 4. D. *mandati* (17. 1.)

(7) V. sopra § 69.

(8) V. appresso § 270.

è necessario che non sia convenuta alcuna mercede (9),sebbene possa promettersi un onorario (10),e che il mandato non tenda a nulla d'illecito ed immorale (11). Ma è indifferente se il medesimo abbia per oggetto negozii ed affari proprii del commettente o di altri (12). Anche per affari comuni si può validamente dare un mandato ad uno degl' interessati (13),ma per gli affari del solo mandatario non si può costituire un vero mandato; allora il mandato si ritiene come un semplice consiglio (14), salvo se il mandatario per esso siasi determinato a far qualche cosa per lui dannosa, nel qual caso si considera come se il mandante si avesse addossato il rischio (15). Se il mandatario ha operato conformemente al mandato, il mandante non solamente dee rispetto a lui riconoscere l' operato , ma secondo il nuovo dritto per regola anche rispetto ai terzi dee lasciar valere come suo proprio fatto ciò che quegli ha operato (16). Nondimeno in quanto al *procurator omnium bonorum* è anche da vedere se il medesimo sia stato costituito *cum*, o *sine libera administratione*, giacchè il *procurator cum libera* egualmente che un tutore, sotto la responsabilità per tutt' i danni, può liberamente disporre come un proprietario (17), colla sola limitazione, che egli non può dar nulla gratuitamente (18), non può far transazione (19), nè domandare alcuna restituzione (20) , mentre al contrario

(9) L. 1. § 4. L. 6. § 7. L. 36. § 1. D. *eod.* § 13. J. *eod.*; Caj. III. 162.

(10) L. 6. pr. L. 7. L. 10. § 9. L. 56. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 17. C. *eod.* (4. 35.)

(11) § 7. J. *eod.* L. 6. § 3. L. 12. § 11. L. 22. § 6. D. *eod.*: Caj. III. 157. Ma per rapporto ai terzi si fa conto del mandato illecito , imperocchè il mandante si ritiene come autore morale del delitto commesso per sua commissione V. sopra § 251. Nota 1.

(12) Pr. § 1-5. J. *eod.* L. 2. pr. § 1-3. L. 6. § 4. L. 8. § 3. D. *eod.* L. 21. § 3. L. 28. D. *de negot gest.* (3. 5.); Caj. III. 155.

(13) § 2. J. *mandati* (3. 26.) L. 2. § 4. 5. L. 8. § 1. D. *eod.*

(14) L. 2. pr. § 6. D. *eod.* § 6. J. *eod.* Caj. III. 156.

(15) L. 6. § 5. L. 16. L. 22. § 4. L. 32. L. 48. § 2. D. *eod.* § 6. J. *eod.*

(16) V. § 166. Nota 13 § 197. Nota 4. 5. § 251.

(17) § 43. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 12. D. *de pact.* (2. 13.) L. 58. L. 59. D. *de procur.* (3. 3.) L. 11. § 7. L. 12 L. 18. § 4. L. 19. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 60. § 4. D. *mandati* (17. 1.) L. 65. § 7. D. *pro socio* (17. 2.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.) L. 10. C. *de procur.* (2. 13). Il *mandatum cum libera* naturalmente non comprende anche gli affari che non rignardano il patrimonio L. 40. pr. D. *de procur.* (3. 3.)

(18) L. 7. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.) Confr. § 144. Nota 3.

(19) L. 60. D. *de procur.* (3. 3.). Nondimeno egli può deferire un giuramento L. 17. § 3. D. *de jurejur.* (12. 2.), sebbene questa delazione si ritenga come una specie di transazione L. 2. D. *eod.*

(20) L. 25. § 1. D. *de minor.* (4. 4.)

un *procurator sine libera* non è autorizzato se non a ciò, che la conservazione e l'ordinaria amministrazione del patrimonio essenzialmente richiede (21). Ma quando un mandatario ha agito oltre o contro il suo mandato *praeter vel contra*, il mandante non è tenuto a riconoscere ciò che egli ha operato (22), tranne se in tal modo si fosse egualmente raggiunto lo scopo del mandato (23), ovvero il mandante avesse già approvato il procedere del mandatario, il che ha il medesimo effetto che se innanzi se ne fosse data la commissione (24). Pel contratto di mandato il mandatario è obbligato 1) a compiere gli affari intrapresi o a rimborsare al mandante i danni interessi, allorchè egli o ha tralasciato di compierli (25), o li ha eseguiti in una guisa che il mandante non debba nè voglia riconoscerli (26), presupposto che costui dimostri un effettivo interesse (27); 2) a rendere il conto della sua amministrazione, ed a consegnare tutto ciò che per essa è pervenuto nelle sue mani, insieme coi frutti ed altri utili (28), segnatamente a cedere ancora i crediti acquistati in conformità del mandato (29); 3) a pagare gl' interessi secondo il corso del paese, allorchè ha impiegato il denaro del mandante a suo proprio profitto (30), 4) ed a dare un risarcimento per ogni colpa, che secondo le circostanze non sia scusabile; imperocchè un mandatario, sebbene agisca per compiacenza ed officiosità, pure è tenuto alla massima diligenza, come quegli che volontariamente si ha assunta la cura di affari altrui (31). Per l'adempimento

(21) L. 63. D. *de procur.* (3. 3.) L. 20. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 87. D. *de solut.* (46. 3.) L. 10. C. *quod cum eo* (4. 26.)

(22) § 8. J. *mandati* (3. 26.) L. 13. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 49. D. *de procur.* (3. 3.) L. 3-5. L. 36. § 2. L. 41. L. 46. D. *mandati* (17. 1.) L. 10. C. *de procur.* (2. 13.) L. 12. C. *mandati* (4. 35.)

(23) L. 45. § 4. L. 46. D. *eod.*

(24) L. 12. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 25. C. *de donat. inter. V. et U.* (5. 16.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* (4. 28.) L. 12. C. *mandati* (4. 35.) L. 10. § 10. D. *eod.*

(25) L. 5. § 1. L. 6. § 1. L. 8. § 2. 4. 10. L. 22. § 11. L. 27. § 2. D. *mandati* (17. 1.) L. 5. L. 16. C. *eod.* (4. 35.) § 11. J. *eod.*

(26) § 8. J. *eod.* L. 3. § 1. L. 4. L. 41. L. 46. L. 62. § 1. D. *eod.*

(27) L. 8. § 6. D. *eod.* L. 28. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(28) L. 8. pr. § 9. 10. L. 10. § 2. 3. 8. 9. L. 17. L. 20. pr. L. 44. L. 55. D. *mandati* (17. 1.)

(29) L. 8. § 5. 10. L. 10. § 6. L. 43. L. 45. pr. § 1. 5. L. 59. D. *eod.* L. 49. § 2. D. *de adq. poss.* (41. 2.); Caj. III. 111.

(30) L. 10. § 3. L. 12. § 10. D. *mandati* (17. 1.)

(31) L. 21. L. 13. L. 11. L. 9. C. *eod.* L. 8. § 1. 8. 9. 10. L. 10. pr. § 1. 12. L. 29. L. 31. L. 41. L. 42. L. 44. D. *eod.*

di tutte siffatte obbligazioni il mandante ha *l'actio mandati directa* (32), azione di buona fede (33), la quale reca infamia al convenuto pel dolo e per la colpa grave (34). Se son più mandatari, son tutti solidalmente responsabili (35). E lo stesso dall'altro lato è da dirsi di più mandanti (36). Certamente il mandatario immediatamente non ha nulla da chiedere; ma dal compimento del mandato possono risultare per lui dei crediti, a far valere i quali gli compete allora *l'actio mandati contraria* (37), la quale è parimente di buona fede (38), ma non già infamante (39), e dipende dalla condizione che il mandante riconosca l'operato, o debba riconoscerlo come conforme al mandato (40). L'oggetto principale di siffatte pretensioni da parte del mandatario sono: 1) il rimborso delle spese necessarie ed utili (41), se pure non sia stato stabilito un onorario appunto per queste spese (42), al che si debbono aggiungere anche gl' interessi dal momento in cui le spese furon fatte (43); ma se furono oltrepassati i limiti del mandato, questo rimborso non ha luogo che fino all'ammontare che in esso era definito (44); 2) la liberazione dagli obblighi assunti per effetto del mandato (45), salvo allorchè il mandato avea precisamente lo scopo che si assumessero pel mandante siffatte obbligazioni (46), e 3) il ristoro dei danni sofferti nel-

(32) L. 6. § 1-6. L. 8. § 3. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(33) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 10. pr. L. 29. § 4. D. *mandati* (17. 1.)

(34) Cic. pro Rosc. Amer. c. 38. L. 1. L. 6. § 6. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.) L. 21. C. *mandati* (4. 35.) § 2. J. *de poena tem. lit.* (4. 16.)

(35) L. 60. § 2. D. *mandati* (17. 1.)

(36) L. 5. § 1. D. *quod jussu* (15. 4.) L. 21. L. 59. § 3. D. *mandati* (17. 1.)

(37) L. 3. § 1. 2. L. 4. L. 8. § 4. L. 12. § 7. 8. 9. L. 14. pr. L. 19. L. 21. L. 54. § 1. D. *mandati* (17. 1.)

(38) § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(39) § 2. J. *de poen. tem. lit.* (4. 16.) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)

(40) L. 10. § 10. L. 41. D. *mandati* (17. 1.)

(41) L. 8. § 4. L. 10. § 9. L. 12. § 9. L. 21. § 4. L. 26. § 2-5. L. 27. pr. § 5. L. 45. § 4. 6. L. 48. L. 56. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 2. L. 4. L. 20. § 1. C. *eod.* Per le *impensae voluptuariae*, di cui non si è data speciale commissione, o che non si sono approvate, ha luogo soltanto un *jus tollendi* L. 10. § 10. D. *eod.* Ma se una spesa necessaria sia stata da altri donata al mandatario, ciò si assomiglia ad una vera spesa L. 10. § 13. L. 12. pr. § 1. L. 26. § 3. D. *eod.*

(42) L. 10. § 9. D. *eod.* L. 20. § 1. C. *eod.*

(43) L. 12. § 9. D. *eod.* L. 1. L. 18. C. *eod.*

(44) § 8. J. *eod.* L. 3. § 2. L. 4. L. 22. pr. § 1. L. 33. D. *eod.*; Caj. III. 161. I Sabiniani in ciò erano di altra opinione, e non volevano ammettere l'azione, ma prevalse l'opinione dei Proculiani.

(45) L. 45. pr. § 2-5. D. *eod.*

(46) L. 45. § 1. D. *eod.* L. 10. C. *eod.*

l'esecuzione del mandato, purchè questi non provengano da un avvenimento fortuito, o da propria colpa del mandatario, ma abbiano origine da una colpa da parte del mandante (47). Pel pagamento di un onorario non si dà *l'actio mandati contraria*, ma invece ha luogo la *extraordinaria cognitio praetoris*, e ciò soltanto allorchè se n'è fatta una determinata promessa (48). Il mandato cessa 1) pel compimento dell'affare; 2) pel sopravvenire di condizioni risolutive o termini finali (49); 3) pel consenso delle due parti (50); 4) per la rivoca del mandante (51), la quale si può fare anche tacitamente per via di fatti (52), e non ha certamente effetto su quel che già si è operato (53), ma rende invalido tutto ciò che siasi fatto di poi (54), colla sola eccezione che i debitori, i quali non hanno avuto notizia della rivoca del mandato a ricevere il pagamento, restano liberati pel pagamento fatto al mandatario (55), ed il mandatario, il quale abbia compiuto la commissione pria che avesse avuto notizia della rivoca, conserva il suo regresso contro il mandante (56); 5) per la rinunzia da parte del mandatario, il quale nondimeno, ove il suo rifiuto non sia giustificato da una malattia, o da altre gravi ragioni, dee ristorare tutt' i danni, ai quali l'inadempimento del mandato ha dato occasione (57); 6) per la morte del mandante (58) o del mandatario (59); imperocchè solo i dritti di già risultati dall'esecuzione cominciata o finita passano agli eredi (60), ma il mandato medesimo con tutt'i suoi effetti si estingue per l'avvenire, tostochè muore una delle parti (61). Alla morte qui viene assomigliata eziandio la *capitis*

(47) L. 20. pr. L. 26. § 6-8. D. *eod.* L. 29. L. 63. § 5. D. *de furtis* (47. 2.) L. 10. C. *mand.* (4. 35.)

(48) L. 7. L. 56. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 17. C. *eod.* Non si oppone L. 6. pr. D. *eod.*

(49) L. 1. § 3. D. *eod.* § 12. J. *eod.* Non si oppone L. 59. § 2. D. *eod.*

(50) § 4. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.)

(51) § 9. J. *de mand.* (3. 26.) L. 12. § 16. D. *mand.* (17. 1.); Caj. III. 159. Soltanto la cessione forma un'eccezione L. 23. L. 55. D. *de procur.* (3. 3.)

(52) L. 31. § 2. D. *de procur.* (3. 3.) Confr. L. 30. D. *mand.* (17. 1.)

(53) § 9. J. *de mand.* (3. 26.)

(54) L. 4. pr. D. *de manum. vind.* (49. 2.) L. 15. § 1. D. *qui et a quib. man.* (40. 9.) L. 41. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(55) L. 41. pr. D. cit. L. 12. § 2. L. 34. § 3. L. 51. D. *de solut.* (46. 3.)

(56) L. 15. D. *mandati* (17. 1.)

(57) § 11. J. *de mand.* (3. 26.) L. 22. § 11. L. 23-25. L. 27. § 2. D. *mand.* (17. 1.)

(58) L. 26. pr. L. 58. pr. D. *eod.* L. 15. C. *eod.*

(59) L. 27. § 3. L. 57. D. *eod.*

(60) L. 26. pr. L. 59. pr. § 1. D. *eod.* L. 8. L. 18. C. *eod.*

(61) § 10. J. *eod.* L. 27 § 3. L. 34. § 1. L. 57. D. *eod.* L. 41. pr. D. *de reb.*

diminutio maxima et media, come pure la liberazione dalla schiavitù, se si tratta di un mandato dato o ricevuto da uno schiavo (62); ma al contrario la *capitis diminutio minima* non ha alcuna conseguenza (63). Nondimeno la caducità del mandato per morte patisce più eccezioni. Imperocchè a) la cessione continua sempre a sussistere, il che per vero prima di Giustiniano nel caso di una donazione presupponeva che l'azione donata fosse già promossa e la lite fosse contestata prima della morte (64); b) l'adstipulazione per lo meno non si estingue per la morte del mandante (65), ma gli eredi dell'*adstipulator* assolutamente non succedono nel mandato (66). c) Se il mandato è diretto ad una fidejussione, o a contrarre in altro modo una obbligazione, anche gli eredi del mandatario mediante il pagamento del debito ottengono *l'actio mandati contraria* (67). d) I debitori del mandante, i quali ignari della sua morte han pagato al mandatario, rimangono con ciò liberati (68). e) È parimente valido, quando un mandato per la tradizione di cose speciali o per la manomissione di determinati schiavi vien eseguito dopo la morte del mandante, in quanto o il mandatario non abbia avuto notizia della morte, o precisamente dopo di questa abbia dovuto farsi la tradizione o la manomissione (69). f) Si dà sempre luogo alle azioni di mandato, allorchè il mandatario ignaro della morte del mandante ha eseguito la commisione (70). g) Quest'ultimo per verità non vale generalmente anche pei mandati, i quali non debbono eseguirsi che dopo la morte del mandante (71) ; non per tanto si ammette allorchè il mandato riguardi i funerali del mandante (72) , o af-

cred. (12. 1.) L. 15. § 1. D. *qui et a quib. man.* (40. 9.) L. 108. D. *de solut.* (46. 3.); Caj. III. 160.

(62) L. 41. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 7. § 2. D. *pro emptore* (41. 4.)

(63) L. 12. § 6 L. 61. D. *mand.* (17. 1.)

(64) L. 1 C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 33. C. *de donat.* (8. 54.)

(65) Caj. III. 117.

(66) Caj. III. 114. IV. 113.

(67) L. 14. D. *mandati* (17. 1.). Non si oppone L. 60. § 1. D. *eod.*

(68) Caj. III. 160. § 10.; J. *de mand.* (3. 26.) L. 26. § 1. D. *eod.* L. 32. D. *de solut.* (46. 3.)

(69) L. 33. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 19. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 18. § 2. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 27. § 1. D. *mandati* (17. 1.) Confr. con L. 41. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(70) § 10. J. *de mand.* (3. 26.) L. 34. L. 51. L. 58. pr. D. *eod.*; Caj. III. 160.

(71) Caj. III. 158.; L. 108. D. *de solut.* (46. 3.) *Zimmern* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IV n. 19.

(72) L. 12. § 17. D. *mand.* (17. 1.); L. 14. § 2. D. *de relig.* (11. 7.)

fari che han per iscopo l' utilità degli eredi (73), o allorchè delle cose speciali sono state affidate al mandatario per darle ad alcuno (74).

III. PATTI MUNITI DI AZIONE.

1) *Pacta praetoria.*

§. 264. Ai contratti reali e consensuali seguono quelle convenzioni, le quali parimente senza stipulazione producono azione ; ma che nell' antico dritto civile non la producevano affatto. Le più antiche fra queste sono tre convenzioni, che il dritto Pretorio ha munite di azione.

1.° Il *pactum de certo loco* sopra il luogo della prestazione, nelle obbligazioni di stretto dritto, le particolarità della qual materia sonosi già vedute in altra occasione (1).

2.° *Il receptum arbitri* cioè la convenzione fra un arbitro eletto e le parti, per la quale egli si obbliga di decidere la lite (2). Cioè sebbene nessuno sia tenuto ad assumere l' ufficio di arbitro, pure chi una volta ha accettato quest' incarico può esser costretto ad esaminare e decidere la controversia (3), presupposto che vi concorrano tutti i requisiti di un valido compromesso (4), e ciò fu introdotto nell' Editto (5). Ma non per tanto non ha luogo una propria azione, nè si possono pretendere i danni interessi a cagione dell' inadempimento della promessa, ma soltanto si fa luogo alla *extraordinaria cognitio praetoris* (6), e contro l' arbitro si applicano semplicemente dei mezzi indiretti di costringimento, come sarebbe a dire la multa (7). Contro gli Uffiziali superiori dello Stato, *Magistratus superiores*, cessa ogni costringimento (8). Oltre a ciò ciascuno può per una valida cagione ri-

(73) L. 13. D. *mandati* (17.1.)
(74) L. 27. § 1. D. *eod.* L. 18. § 2. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 33. D. *de adq. poss.* (41. 2.)
(1) V. sopra § 223.
(2) L. 3. § 1. L. 13 § 2. D. *de recept.* (4. 8.)
(3) L. 3. § 1. 3. L. 4. L. 5. L. 9. § 3-5. L. 10. L. 11. pr. § 1. 4. 5. L. 12. L. 13. pr. § 1. 3. 4. L. 15. L. 16. § 1. L. 32. § 9. L. 12. D. *eod.*
(4) L. 9. § 2. L. 11. § 1-5. L. 32. § 1. 3. 4. 6. 7. L. 35. D. *eod.*
(5) L. 15. L. 3. § 2. D. *eod.*
(6) L. 3. § 1. L. 11. § 5. L. 12. L. 32. § 3. D. *eod.*
(7) L. 32. § 12. D. *eod.*
(8) L. 3. § 3. L. 4. D. *eod.* Confr. la mia St. § 27. n. 3.

cusare di decidere (9), vale a dire allorchè le parti grandemente lo oltraggiano (10), o posteriormente si son rivolte al tribunale; o ad un altro arbitro, o hanno troppo lungamente indugiato (11), allorchè non si è stabilita alcuna pena convenzionale per la disubbidienza di una parte, ovvero di poi se n' è fatta remissione (12), allorchè egli è impedito da malattia, o da urgenti affari (13), allorchè gli altri arbitri nominati con lui si ritengono dal pronunciare (14), o sono persone cattive (15), allorchè la lite è cessata (16), allorchè una parte si trova esposta al concorso de'creditori (17), o è caduta in demenza (18), e via discorrendo.

3.° Il ***constitutum debiti*** (19), cioè la promessa data senza stipulazione di volere in tutto, o in parte soddisfare il debito, dal che secondo l' Editto nasce un' azione (20), e ciò non solamente nel ***constitutum debiti proprii***, allorchè alcuno promette di adempire al suo proprio debito sia verso il creditore medesimo (21), sia verso un altro (22), ma anche nel ***constitutum debiti alieni***, allorchè la promessa cade sopra un debito altrui (23). Ma nell' Editto si distinguevano due casi: 1) il ***receptum argentarii***, allorchè un *argentarius* mediante il ***constitutum*** s' incaricava di un debito e lo iscriveva con la forma consueta nel suo libro di conto (24). Qui non importava qual fosse l' oggetto del debito, anzi neppure importava se il debito supposto vera-

(9) L. 15. L. 16 pr. D. *eod.*
(10) L. 9. § 4. L. 15. D. *eod.*
(11) L. 9. § 5. L. 10. L. 11. pr. L. 17. § 1. D. *eod.*
(12) L. 11. § 1-5. L. 13. pr. D. *eod.*
(13) L. 15. L. 16. pr. § 1. D. *eod.*
(14) L. 17. § 2. L. 32. § 13. D. *eod.*
(15) L. 9. § 3. D. *eod.*
(16) L. 32. § 5. D. *eod.*
(17) L. 17. pr. D. *eod.*
(18) L. 47. § 1. L. 48. L. 49. pr. D. *eod.*
(19) *M. Reinganum* comm. de constit. perun. praesertim cum quis suo nomine constituat. Heidelb. 1819 8. Il *constitutum* grecamente si chiama ἀντιφώνησις, ed il costituente ἀντιφωνητὴς Nov. 4. c. 1. 2. Nov. 136. prooem. c. 1. Nel primo passo la Volgata inesattamente ha *sponsor.*
(20) § 8. 9. J. *de action.* (4. 6.) L. un. pr. § 1. 3. L. 13. L. 14. § 3. L. 24. L. 26. D. *de pecun. const.* (13. 5.)
(21) L. 1. § 5-7. L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. L. 29. D. *eod.*
(22) L. 5. § 2. D. *eod.*
(23) L. 1. § 8. L. 2. L. 5. § 2. 3. L. 26-28. D. *eod.* L. 1. L. 3. C. *eod.* (4. 18. V. appresso § 270.
(24) § 8. J. *de act.* (4. 6.); Theoph. ad h. l.; L. 2. C. *de const. pec.* (4. 18.). Le

mente esisteva; e molto meno era invalida la promessa di pagare senza condizione o indugio un debito condizionale o a termine. L' azione che addimandavasi *actio receptitia* era un' azione perpetua che passava eziandio contro gli eredi (25). 2) Il *constitutum* di altre persone, nel quale l'azione appellavasi *actio de constituta pecunia* (26).Questo supponeva un debito di cose fungibili (27), il qual debito dovea effettivamente esser fondato (28),almeno come *obligatio naturalis* (29),ed un' *obligatio inefficax* non era sufficiente (30). Di più la promessa non potea cadere sopra un oggetto diverso (31),nè potea promettersi l'adempimento prima del termine (32); inoltre in molti casi, di cui non abbiamo esatta notizia, *l' actio de constituta pecunia* si prescriveva già in un anno (33), e gli eredi non vi erano tenuti (34). Al contrario anche qui l' origine del debito era indifferente (35). Tanto meno nuoceva se l' adempimento promettevasi in luogo diverso o in un altro tempo più remoto (36), e se la promessa conteneva di più dell'ammontare del debito origiuario,ciò nondimeno obbligava fino al suo vero ammontare (37). Ma a poco a poco si estesero anche al *constitu-*

solemnia cerba, di cui fa menzione la L. 2. pr. C. cit. si riferiscono solo alla forma del notamento nelle *rationes argentarii*, la quale anche qui avea luogo L. 6. § 3. D. *de edendo* (2. 13.), e per conseguenza da ciò non si può conchiudere con Cujac. Recit. solemn. in Cod. ad leg. 2. cit. e col *Wissenbach* ad Cod. ad leg. 2. C. cit. ed altri che il *receptum arbitri* abbia origine non già dall' Editto, ma dall' antico dritto civile, il che sarebbe in contradizione col § 8. J. cit.

(25) Theoph. l. c.; L. 2. C. cit.

(26) § 8. 9. J. *de act.* (4. 6.); Theoph. l. c. *Pecunia* qui si deve prendere nel senso più ampio, nel quale dinota gli oggetti del patrimonio in generale L. 5. L. 178. L. 222. D. *de V. S.* (50. 16.)

(27) Theoph. l. c. L. 2. C. cit. Non si oppone L. 21. pr. L. 23. D. *de pec. const.* (13. 5.)

(28) L. 8. § 2. L. 11. pr. L. 18. § 1. L. 25. § 1. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 2. C. cit.

(29) L. 1. § 7. D. *eod.*

(30) L. 3. § 1. D. *eod.* Non nuoceva che il credito posteriormente venisse a perdere la qualità di potersi far valere coll' azione L. 18. § 1. D. *eod.*, e nella *obligatio inefficax* devesi anche eccettuare il caso che alcuno costituiva, essendo consapevole dell' eccezione arg. L. 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(31) V. Nota 38.

(32) L. 3. § 2. L. 19. pr. D. *eod.*

(33) L. 2. C. *eod.*

(34) L. 2. C. *eod.*

(35) L. 1. § 6. 8. L. 29. D. *eod.* Una eccezione indiretta si contiene nella L. 38. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(36) L. 5. pr. § 1. L. 16. § 1. L. 19. § 1. D *de const. pec.* (13. 5.)

(37) L. 1. § 8. L. 11. § 1. L. 12. D. *eod.* L 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

tum di altre persone i principii del *receptum argentarii*. Così fu ammesso che fosse permesso di promettere per transazione un oggetto diverso (38), che si potesse promettere l'adempimento anche prima della scadenza (39), e che nel *constitutum debiti alieni* l'azione passasse anche negli eredi, e fosse sempre perpetua (40). Giustiniano da ultimo pose l'ultima mano al pareggiamento dei medesimi. Secondo la sua disposizione 1) è permesso a tutti di fare un *constitutum* per ogni specie di debiti, e di assicurare senza condizione l'adempimento di un debito condizionale; 2) l'azione debb'esser sempre perpetua, e 3) gli eredi generalmente sono obbligati dal *constitutum* (41). Solo dee tuttavia concorrere il requisito che vi sia un debito effettivo (42), salvo per gli *argentarii*, contro i quali dura ancora per questo rapporto l'antico rigore (43). Più tardi Giustiniano richiese ancora che il costituente avesse specialmente obbligato sè medesimo per l'adempimento e non avesse solo generalmente promesso, e che quando avesse assicurato che egli ed alcune altre determinate persone adempirebbero al debito, non potesse per tal promessa esser convenuto se non per una porzione virile (44). Nel *constitutum* non si contiene mai una novazione, e quindi finchè il creditore non è stato soddisfatto in forza del *constitutum*, gli riman sempre libero di far valere l'originario credito (45), ancorachè avesse di già intentata un'azione pel *constitutum* senza però averne nulla conseguito; nondimeno i Giureconsulti Romani intorno a questo capo furono per lungo tempo di opinioni diverse (46). Una singolarità che l'*actio de pecunia constituta* ha comune coll'*actio arbitraria de certo loco* è che questa può essere intentata in qualunque luogo s'incontri il costituente (47).

(38) L. 1. § 5. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(39) L. 4. L. 11. pr. L. 21. § 1. D. *eod.*

(40) L. 1. C. *eod.*

(41) L. 2. pr. § 1. C. *eod.* Qui viene applicato il principio che il *constitutum* abbia la stessa forza che se si fosse stipulato.

(42) L. 2. pr. C. *eod.*

(43) L. 2. § 2. C. *eod.*

(44) Nov. 115. c. 6. La promessa che un altro dovesse soddisfare il debito era sempre invalida L. 5. § 4. D. *cod.*

(45) L. 28. D. *eod.* Confr. L. 59. D. *de solut.* (46. 3.) L. 15. D. *de in rem. verso* (15. 3.)

(46) L. 18. § 3. D. *de const. pecun.* (13. 5.)

(47) L. 16. § 1. D. *eod.* Questa somiglianza, come pure la circostanza che gli Editti sopra amendue le azioni probabilmente furono promulgati uno dopo l'altro, giacchè nelle Pandette si trovano in due titoli l'uno dopo l'altro (lib. XIII. tit. 4. e 5.) ci fa conchiudere che amendue le azioni siano state introdotte dal medesimo Pretore.

2) *Pacta legitima.*

A. *Actio praescriptis verbis* (*).

§ 265. La disposizione dell'Editto del Pretore, con la quale fu permesso di proporre le antiche azioni dei contratti di buona fede come *actiones in factum*, senza indicare in una *intentio* formale la epressa denominazione del contratto su cui l' azione era fondata (1), dovendosi premettere invece una descrizione del contratto conchiuso, aprì la via ad una nuova ed importantissima specie di patti muniti d' azione (2). L' azione allora fu chiamata *actio praescriptis verbis* (3), per la quale originariamente non intendevasi affatto una speciale azione,ma sibbene un'azione formolata *in factum* da qualunque dei contratti non formolari dell' antico dritto civile provenisse ; il perchè *l' actio praescriptis verbis* chiamasi anche *actio in factum civilis* (4).Lo scopo della nuova forma potè in prima essere lo scopo generale della *conceptio in factum* (5), cioè di far evitare all' attore la *poena plus petitionis* (6), e

(*) *E. Gans* Dritto di obbligazione *Heidelb*. 1818. 8; Meno-Pohl Saggio di una esposizione ragionata della teorica dei contratti innominati *Heidelb*. 1821. 8.; *C. G. Waechter* de condict. causa data causa non secuta in contr. innom. Tubing. 1822. 8.: *H. Schmitthenner* su i contratti spezialmente sul dritto nuovo Giessen 1821. 8.; *A. Erxleben* de contract. innom. indole ac natura Goett. 1835.8.

(1) Caj. IV. 47. 60.: L. 9. L. 13. D. *de O. et A.* (44. 7.). Può ben'essere che l'Editto abbia permessa la *conceptio in factum* soltanto nell' *actio commodati* e *depositi*; ma dai testi citati nella Nota 8. si rileva che essa ammettevasi anche nelle altre azioni nascenti da contratti. Confr. anche L. 13. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 50. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 2. C. *de pact. int. empt. et vend.* (4. 54.). Soltanto l' *actio ex mutuo*, ed *ex stipulata* non potevano mai proporsi come *actiones in factum*, perchè esse erano *stricti juris*, e per conseguenza neppure le convenzioni, dalle quali nasce l' *actio praescriptis verbis* sono mai assomigliate al *mutuum* o alla stipulazione.

(2) L. 6. C. *de transact.* (2. 4.) « ant enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit, ant si omissa verborum obligatio est, utilis actio, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est ».

(3) *Savigny* Sistema vol. V. § 217. p. 69. seg. Appoggiandosi sulla L. 6. C. cit. ammette che nella *demonstratio formulae* stesse la descrizione del contratto: ma a me pare più verisimile che la descrizione si contenesse in una clausola messa in principio, *praescriptio* (Caj. IV. 130-137.), e che da ciò cominciasse l' indicazione dell' azione.

(4) L. 1. § 1. 2. L. 5. § 2. L. 6. L. 15. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L' *actio in factum* che nella L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) vien contrapposta all' *actio praescriptis verbis* è l'*actio in factum de dolo*, come il dimostra la L. 16. § 1. D. *de praescr. verb.* (19. 5.). Senza dubbio dalla origine dell' *actio praesc. verbis* dipende che nelle Pandette essa segue la teorica degli antichi contratti.

(5) *Savigny* l. c. riguarda l' *actio praescriptis verbis* come in tutto differente dalle altre *actiones in factum*; nondimeno io non so allegare alcuna ragione di siffatta opinione.

(6) Caj. IV. 53.

di render possibile ai figliuoli sotto la potestà del padre d'intentare le azioni dei contratti (7); ma forse anche fin dal principio si mirò ad una ampliazione delle convenzioni, dalle quali poteva nascere un'azione. Questo scopo almeno ben presto vi si aggiunse. Imperocchè siccome nelle *actiones in factum* non si stava mai tanto strettamente al concetto ed a' requisiti del fondamento dell' azione, come nelle *actiones in jus conceptae*, così teneasi qui per sufficiente se la convenzione, che si facea valere con un' *actio praescriptis verbis*, solo in qualche modo corrispondesse alla sostanza di uno degli antichi contratti. Per siffatto modo l' *actio praescriptis verbis* a poco a poco prese la natura di una propria azione, che si estendeva oltre alla sfera degli antichi contratti, e che solevasi adoperare precisamente in quei casi, nei quali mancava alcuna delle proprietà di un determinato contratto (8); ma per siffatto modo si fu anche in sulla via di pervenire a render produttive di azione tutte le convenzioni obbligatorie, imperocchè non ci ha nessuna convenzione di questa specie, che non abbia più o meno di simiglianza con alcuno degli antichi contratti. Ciò molto bene si conosceva, ma non si voleva questo risultato, e però la pratica formò il principio ristrettivo che l' *actio praescriptis verbis* non si dovesse ammettere se non quando l' attore dal suo lato avesse prestato qualche cosa, per la quale, o in rapporto alla quale il convenuto avea promesso la prestazione da lui richiesta, e per conseguente quando vi fosse una convenzione bilaterale di già eseguita dall'attore (9). Pare che questa teorica si stabilì la prima volta in sul cominciare dell' Impero, e che il Sabiniano Aristone, il quale vivea sotto Tibe-

(7) L. 9. L. 13. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 12. § 6. D. *mandati* (17. 1.)

(8) L. 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.). « Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. » L. 3. D. *eod.* « Ad quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. » L. 11. D. *eod.* « Quia actionum non plenus numerus est, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Praetor in eo quod legi deest. » Confr. con L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 6. D. *de resc. vend.* (18. 5.) L. 1. § 1. 2. L. 5. § 1. 2. 4. L. 13. D. 15. L. 17-20. L. 22. L. 24-26. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. pr. D. *de aestim.* (19. 3.) L. 44. D. *pro socio* (17. 2.) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 6. L. 33. C. *de transact.* (2. 4.) L. 6. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. un. § 13. C. *de rei. uxor. act.* (5. 13.) L. 9. C. *de donat.* (8. 54.) L. 12. § 6. D. *mand.* (17. 1.) L. 14. L. 23. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(9) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *de rer. permut.* (4. 64.)

rio abbia principalmente contribuito alla sua formazione (10); ad ogni modo essa non apparteneva all'antico dritto civile, e però le convenzioni, che si possono far valere con *l'actio praescriptis verbis*, possono riguardarsi come semplici patti muniti di azione. Ma siccome la possibilità di far uso di un'azione per queste tali convenzioni ha il suo fondamento sopra un estensione delle antiche azioni dei contratti, così da ciò si fa chiaro perchè esse sono indicate come *obligationes civiles*, ed assomigliate ai contratti (11), e perchè *l'actio praescriptis verbis* chiamasi anche una *utilis actio* (12). I principii più speciali sono i seguenti: 1) è mestieri che il suo fondamento sia una convenzione bilaterale, per effetto della quale amendue le parti debbano prestar qualche cosa (13), senza che però queste prestazioni debbano avere il carattere di equivalente l'una dell'altra (14). 2) Non altramente che nei contratti reali, perchè la convenzione si possa far valere è mestieri che sia seguita l'effettiva prestazione dell'attore come fondamento essenziale dell'obbligazione, *causa obligationis*, e quì non basta di aver offerta la prestazione o di aver costituito l'altra parte *in mora accipiendi* (15), giacchè prima dell'accettazione non vi è che una semplice *naturalis obligatio ex pacto*, e per una tale obbligazione non vi può esser quistione di mora (16). 3) D'altra parte non importa da niun lato il vedere qual sia la specie della prestazione; ma ogni cosa o fatto permesso, che può esser l'oggetto di un'obbligazione è anche atto a fondare un'*actio praescriptis verbis*, e tanto meno si richiede la omogeneità delle due scambievoli prestazioni, per la qual ragione sono quì possibili quattro categorie: *do, ut des, do ut facias, facio ut des*, *facio ut fa-*

(10) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 2. D. *de rer. permut.* (19. 4.) L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 18. D. *de donat.* (39. 5.). Anzi la distinzione tra compra e permuta non fu ben fermata che al principio dell'epoca imperiale V. § 258. Nota 4.

(11) L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 3. L. 19. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.)

(12) L. 6. C. *de transact.* (2. 4.) Confr. L. 11. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.)

(13) L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(14) L. 1. § 2. L. 5. § 2. L. 8. L. 16. pr. L. 17. § 2. L. 18. L. 22. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(15) L. 7. § 2. 4. D. *de pact.* (2. 14.) L. 15. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. § 2. 3. L. 2. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 3. L. 8. C. *de rer. perm.* (4. 64.)

(16) L. 88. D. *de R. J.* (50. 17.). « Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. »

cias (17). Per qualche tempo si ebbe veramente ritegno di ammettere l'*actio praescriptis verbis* anche pel *facio ut des* (18); ma in fine fu ammessa eziandio in questo caso, anche quando il compenso da dare non fosse anticipatamente determinato (19). 4) Le determinazioni di tempo, le condizioni, ed altri patti accessorii si ammettono qui non altramente che nelle altre convenzioni (20). 5) L' azione è un' *actio bonae fidei* (21) e tende a ciò che il convenuto effettui la promessa prestazione, o ristori all'attore tutto il suo interesse (22), il quale presso i Romani solevasi inserire indeterminatamente nella formola dell'azione e per tal ragione l' azione viene annoverata fra le *actiones incerti* (23). Se si debbono trasferire delle cose all' attore, allora per rispetto ai frutti, agli utili, e ad altri interessi accessorii si applicano le regole della vendita (24). Per le altre prestazioni si può solo stabilir la regola, che debbano corrispondere alla convenzione. In generale poi anche qui si prende in considerazione il dolo, la colpa, ed il caso. Or se il convenuto si è obbligato per semplice compiacenza verso l' attore, allora egli risponde solamente del dolo e della colpa grave, ma in altro caso è tenuto per ogni negligenza (25). Pel caso fortuito egli non è risponsabile, ma piuttosto anche qui vale il principio che l' impossibilità di fare la prestazione, allorchè non è imputabile a colpa, libera il debitore (26); intanto sonvi delle eccezioni (27), ed indirettamente

(17) L. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(18) L. 5. § 3. D. *eod.*

(19) L. 22. D. *eod.* § 1. J. *de locat.* (3. 24) L. un. C. *de suffrag.* (4. 3.)

(20) L. 8. L. 12. L. 20. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 8. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.). Secondo quest' ultimo testo il patto di ridurre in iscritto la convenzione produce l effetto che neppure la stessa esecuzione non fa nascere l' azione, finchè la scrittura che racchiude il contratto non sia sottoscritta.

(21) § 28. J. *de act.* (4. 6. L. 1. pr. D. *de aestim.* (19. 3.) L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 2 § 2. D. *de precar.* (43. 26.). Quando l' azione nella L. 19. § 2. D. *eod.* chiamasi una *condictio*, se per avventura non sono esatti i manoscritti e le edizioni che contengono in questo luogo la parola *actio*; (Savigny l. c. p. 98. Nota o), bisogna dire che *condictio* sia adoperata nel senso più ampio, nel quale dinota generalmente un' *actio* in *personam*.

(22) L. 5. § 1. 2. 4. 5. L 7. L. 9. L. 20. pr. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 1. § 4. D. *de rer. perm.* (19. 4.)

(23) L. 7. § 2. D. *de pact.* (2. 14.) L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 8. L. 9. L. L. 16. D. *praescr. verb.* (19 5.) L. 19. § 2. D. *de precar.* (43. 26.) L. 6. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 9. C. *de donat.* (8. 54.)

(24) L. 1. pr. L. 2. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 2. C. *eod.* (4. 64.)

(25) L. 17. § 1-4. L. 20. § 2. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(26) L. 5. § 1. L. 17. § 1. 2. 4. L. 20. § 1. 2. D. *eod.*

(27) V. Nota 40.

può una eccezione provenire anche da ciò, che 6) nei casi del *do ut des*, e *do ut facias* colui che dà può valersi eziandio della *condictio ob causam datorum* e richiedere indietro ciò che ha dato(28), al contrario pel *facio ut des* e *facio ut facias* il debitore liberato pel caso fortuito conserva la prestazione ricevuta (29). Notevoli applicazioni dell' *actio praescriptis verbis* sono:

1.° La permuta *permutatio*, allorchè debbono darsi delle cose in cambio di altre cose(30). Qui in generale le prestazioni ed obbligazioni delle due parti si regolano secondo i principii sulle cose vendute(31). Non pertanto le differenze essenziali dal contratto di compra stanno in ciò 1) che soltanto dopo la prestazione si acquista il dritto di agire (32); 2) che il dare una cosa altrui non è sufficiente per l' adempimento nè da una parte nè dall' altra (33), e 3) che la *condictio ob causam datorum* per la restituzione delle cose date compete finchè non si è ottenuta la prestazione dell' altra parte (34). Prima di Giustiniano 4) si aggiugneva eziandio che le *res mancipi* doveano non già esser semplicemente consegnate, ma sibbene mancipate(35), e però si riguardava anche come permuta allorchè dovendosi dare *una res mancipi* per un

(28) V. appresso § 276.

(29) La ragione allegata nella L. 25. D. *eod.* L. 12. § 2. D. *de captiv.* (49. 15.) L. 31. D. *de R. J.*, che un *factum* non si può richieder di nuovo, non è certo sufficiente, imperocchè nel modo medesimo che nella *condictio ob causam datorum* può incontrarsi un pagamento di cose perdute, nel modo stesso potrebbe aver luogo anche il pagamento del *factum*, e s' incontra effettivamente nella *condictio indebiti* L. 7. L. 26. § 12. D. *de cond. ind.* (12. 6.); ed ancora si può ben concepir che alcuno potrebbe aver più volentieri il valore stimato del suo servigio che qualche altra prestazione promessagli in cambio. La vera ragione perchè la *condictio ob causam datorum* non ha luogo nel *facio ut facias* sta semplicemente nella circostanza storica che quest' azione è del tutto indipendente dall' *actio praescriptis verbis*, e fu introdotta o ricevuta più presto che l' ultima per il *datum ob causam*, senza che posteriormente sia avvenuto qualche pareggiamento della loro sfera, sebbene *Scmitthenner* l.c. § 33 siasi affaticato di dimostrare una siffatta estensione della *condictio ob causam datorum*.

(30) L. 1. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. pr. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 5. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4-7. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.)

(31) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 1. pr. L. 2. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 1. L. 2. C. *eod.* (4. 64.)

(32) L. 1. § 2. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(33) L. 4. § 1. 3. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* Ma s' intende da sè che può anche aver luogo l' usucapione L. 4. § 17. D. *de usurp.* (41. 3.)

(34) L. 1. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 4. C. *eod.*

(35) L. 1. pr. D. *eod.* « In permutatione utriusque rem fieri oportet. » Ciò in questo luogo è detto precisamente per opposizione al semplice *tradere*.

prezzo in danaro, si conveniva che ne dovesse esser fatta la trasmissione formale (36), il che divenne poi senza importanza.

2.° La convenzione per la quale si danno delle cose a vendere in maniera che se quegli che le ha ricevute non restituisce le medesime, debba dare per esse un prezzo determinato, la qual convenzione differisce dal *mandatum rei vendendae* in questo, che quegli, il quale riceve la cosa, può ritenerla anche per sè pagando soltanto il prezzo determinato, che tutto il di più che ottiene per la cosa è a suo guadagno, che non è tenuto a render conto della vendita, e che la convenzione non si estingue per la morte (37). Finchè il ricevente non ha nè venduto nè portato il prezzo convenuto, quegli che ha data la cosa e che rimane proprietario può richiederla indietro *condictione ob causam datorum* (38). Ma qui l' *actio praescriptis verbis* mira semplicemente alla prestazione del prezzo determinato, dal che in questo caso vien chiamata *actio aestimatoria s. de aestimato* (39). Solo allorchè la cosa senza venderla si è perduta, o vien restituita deteriorata, l' azione può esser proposta anche pel risarcimento, e ciò senza condizione alcuna, allorchè il danno è provenuto dal dolo o dalla colpa del ricevente, ma sotto la condizione che il ricevente a sua istanza abbia ricevuta la cosa per farne traffico, se il danno sia avvenuto per un caso fortuito (40). Se al ricevente è stata promessa una mercede, allora dopo l' adempimento della sua obbligazione compete anche a lui *utiliter* l'azione pel pagamento (41).

3.° La transazione (42), allorchè per effetto della medesima si dee prestare qualche cosa, senza che siasi fatta intorno a ciò una formale stipulazione, e quegli che dee riceverla ha di già per parte sua corrisposto alla transazione, il che per le pretensioni rinunciate vien presunto tostochè invece di procedere più oltre per farle valere si richiede ciò che in cambio si è promesso (43).

(36) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.). Il *dare* per opposizione al *tradere* qui non si può riferire che alla sola trasmissione formale.

(37) L. 1. pr. § 1 D. *de aestimator.* (19. 3.) L. 44. D. *pro socio* (17. 2.) L. 13. pr. L. 17. § 1. D. *de praescr. verb.* (19. 5.) Confr. con L. 5. § 3. L. 49. L. 57. D. *mand.* (17. 1.)

(38) L. 1. § 1. D. *de aestimat.* (19. 3.) Confr. con L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. § 18. D. *de trib. act.* (14. 4.)

(39) L. 1. pr. D. *de aestimat.* (19. 3.)

(40) L. 1. § 1. D. *eod.* L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(41) L. 2. D. *de aestimat.* (19. 3.)

(42) V. sopra § 78. n. 1.

(43) L. 6. L. 33. C. *de transact.* (2. 4.)

4.° La scommessa (44), allorche non vi è intervenuta stipulazione, ove il vincitore può dire: *feci ut des* (45).

5.° Il giuoco, *alea*, nel quale ha luogo la cosa medesima (46), ma non si dà azione se non quando esso contiene una esercitazione corporale (47). Imperocchè il giuoco generalmente è nullo, e la invalidità si estende non solo alle scommesse fatte pel giuoco (48), ma anche a tutte le convenzioni conchiuse per lo scopo del medesimo (49). Non per tanto siffatte convenzioni sono semplicemente sfornite di azione, mentre al contrario ciò che si è perduto al giuoco, anche quando siasi già pagato, può ridomandarsi indietro (50). Un Senatoconsulto del tempo della repubblica pare essere stato il primo a proibire il giuoco per fine di guadagno, salvo che non fosse diretto all'esercitazione del corpo (51). Ma a questo Senatoconsulto tenner dietro parecchi plebisciti di somigliante contenuto (52), come pure un Editto, il quale tolse a coloro che permettono il giuoco nelle loro case ogni dritto al risarcimento del danno, e alle pene private per cagione di delitti durante il giuoco commessi, senza pregiudizio però della punizione pubblica di questi delitti (53). Da ultimo Giustiniano stabilì anche delle pene pel giuoco diretto a fare un illecito guadagno, vietò pienamente molte specie di giuoco, limitò il guadagno lecito anche per le persone ricche ad un sol ducato, e per rispetto alla invalida perdita di giuoco, ei dispose che l'azione per ridomandare ciò che fu pagato non si prescrivesse che in cinquant' anni, e che, ove il perditore non volesse egli stesso esercitarla, si tramettesse al Fisco (54).

6.° Il *pactum de suffragio*, cioè la convenzione per la quale alcuno

(44) V. sopra § 238. n. I.

(45) L. 17. § 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 3. D. *de aleator.* (11. 5.)

(46) L'azione quì non è mai indicata per nome, ma non è applicabile altra azione che quella *praescriptis verbis.*

(47) L. 2. § 1. L. 3. *de aleator.* (11. 5.). Una eccezione totalmente subalterna incontrasi pure nella L. 4. pr. D. *eod.*

(48) L. 3. D. *eod.*

(49) L. 2. § 1. D. *quar. rer. actio non datur* (44. 5.)

(50) L. 4. § 1. 2. D. *de aleator.* (11. 5.)

(51) L. 2. § 1. D. *eod.* Ma senza dubbio il Senatoconsulto anche in un giusto guadagno non dava azione. Per conseguenza una siffatta azione, quando non erasi contratta alcuna stipulazione formale, non potè incontrarsi prima che la predetta teoria dell' *actio praescriptis verbis* non si fu formata.

(52) L. 3. D. *eod.*

(53) L. 1. D. *eod.*

(54) L. 1-3. C. *eod.* (3. 43.)

promette di adoperarsi ed intercedere per un altro, e questi si obbliga di dargli in cambio un determinato compenso. Mentre gli antichi Romani riprovavano come turpe una tale *venditio fumi*, sotto gli Imperadori essa venne sempre più in voga (55), sebbene alcuni dei migliori Imperadori si opponessero a così fatto abuso (56). Anzi Costantino vi minacciò contro delle pene (57). Ma Giuliano appigliandosi all'ambiguo mezzo di vietare la ripetizione della mercede pagata, sotto pena della confisca (58) favorì, certamente contro sua volontà, l'opinione che quella convenzione fosse valida (59), e da ciò potè finalmente Teodosio I. essere indotto a disporre che qui ciascuna parte, che dal suo canto avesse mantenuta la sua promessa, potesse muovere azione per ottenere la prestazione promessa dall'altra parte, colla sola limitazione che un compenso consistente in fondi dovesse esser promesso per iscritto (60). Secondo un' idea molto diffusa le convenzioni, dalle quali risulta *l' actio praescriptis verbis* sono annoverate tra gli antichi contratti, e per cagione della prestazione dell' attore, che necessariamente si richiede, sono reputate come una specie di contratti reali; ma perchè qui non si tratta di casi determinati e che hanno un proprio nome, sono contrapposti ai proprii contratti reali come *re contractus incerti* s. *innominati*, contratti innominati (61). Intanto questa teorica, come dalle predette cose è manifesto, è vera per metà, e per valutare la *condictio ab causam datorum* è importante di osservare che quelle convenzioni non sono che patti muniti di azione (62), sebbene la denominazione di contratti innominati per la sua brevità meriti di esser conservata.

(55) Confr. p. es. *Lamprid. in Heliogab.* c. 10.

(56) *Sueton.* in Vespasiano c. 23.; *Capitolinus* in Anton. Pio c. 11.; *Lamprid.* in Alex. Severo c. 35.

(57) L. 1. L. 2. C. Th. *de honorar. cod* (6. 22.)

(58) L. 1. C. Th. *si cert. pet. de suffrag.* (2. 29.)

(59) Dal discorso presso *Ammianus* Marcell. XXV. si può dedurre che questa conseguenza era assolutamente in opposizione con l'opinione di Giuliano.

(60) L. 2. C. Th. *eod.*; L. un. C. *de suffrag.* (4. 3.)

(61) Questa teoria è principalmente ricavata dalla L. 7. § 2. D. *de pactis* (2. 14.) L. 13. L. 15. L. 19. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 17. C. *de fide instr.* (4. 21.). I contratti che qui si riferiscono potrebbero dirsi una estensione degli antichi contratti consensuali piuttosto che dei contratti reali; imperocchè a quelli qui si suole più frequentemente aver rapporto.

(62) V. appresso § 276.

B. La promessa di una dote, e la donazione.

a) *Teorica delle medesime.*

§. 266. Altre due convenzioni furono dalle costituzioni Imperiali dichiarate produttive di azione anche senza stipulazione.

1.° *La promessa di una dote* (1). Di già l' antica *dotis dictio*, che poteasi fare da una fidanzata o da una moglie libera dalla patria potestà coll'approvazione del suo tutore (2), o da un suo debitore per suo comando (3), o dal suo padre o Avo paterno (4), e forse anche dal suo tutore (5), differiva dalla stipulazione in questo, che non precedeva alla promessa niuna interrogazione (6), ma era sufficiente che la promessa posteriormente fosse accettata (7), richiedeva però anche una determinata formola per altro molto semplice (8). Ma Teodosio II. dichiarò che la promessa di una dote, senza alcun riguardo alla forma, dovesse produrre azione (9), il che Giustiniano confermò coll' aggiunta, che le donne, le quali avesser per altri promessa una dote, non potessero invocare il Senatoconsulto Vellejano (10).

2.° La promessa di una donazione, che Giustiniano fu il primo a scio-

(1) Apparentemente appartiene anche qui il caso che il padre della moglie pattuisca la restituzione della dote ai suoi nipoti L. 7. C. *de pact. conv.* (5. 14.). Ma in questo passo l' espressione è inesatta come dal confronto della L. 45. D. *sol. matr.* (24. 3.) si rileva.

(2) Ulp. VI. 2. XI. 20.; Fragm. Vat. § 99.; Caj. Epit. II. 9. § 3.; Cic. pro Flacco c. 35.

(3) Ulp. VI. 2. Qui manifestamente s' intende parlare di una delegazione del debitore Caj. l c.

(4) Ulp. l. c.; Caj. l. c. Non si oppongono Fragm. Vat. § 100.

(5) Nell' *institutas* che incontrasi alterato presso Ulp. potrebbe bene contenersi un *justus tutor*. Confr. *Schulting* ad h. l.

(6) Caj. l. c.

(7) Ma che vi si dovea anche aggiungere l'accettazione, risulta da Terent. *Andria* V. 4. vers. 47. 48., e principalmente dal Donatus ad h. l. Quando la *dictio dotis* viene indicata anche come *pollicitatio*, ciò procede senza dubbio dalla mancanza della domanda.

(8) L. 3. C. Th. *de incest. nupt.* (3. 12.) L. 4. C. Th. *de dotib.* (4. 13.). La forma che era in uso pare essere stata « *doti tibi erunt mille* » L. 25. L. 44. § 1. L. 45. § 1. L. 57. L. 59. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 125. D. *de V. S.* (50. 16.), ovvero » *dos est decem talenta* ». Terentius l. c.; imperocchè che Terenzio qui parli di una *dotis dictio* lo dice espressamente il Signnio l. ep. 11. Confr. *Galvanus* de usufr. c. 15.)

(9) L. 4. C. Th. *de dotib.* (3. 13.); L. 6. C. *de dotis promiss.* (5. 11.)

(10) L. 25. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.

gliere dalla necessità della stipulazione (11). Donazione (12) *donatio, munus* è il libero (13), deliberato (14), e gratuito (15) arricchimento di un altro (16) con diminuzione del proprio patrimonio del donante (17). La donazione, nella quale chi dona appellasi *donans s. donator*, e chi riceve il dono, *donatarius*, può farsi 1) per l' immediato trasferimento della proprietà di una cosa (18), o per lo stabilimento di un vantaggioso *jus in re* (19), o per la cessione dell' esercizio di tal dritto (20); 2) per la concessione di un credito, sia che il donante. A. obblighi sè stesso mediante una promessa (nel qual caso per effetto di un rescritto di Antonino Pio gode del beneficio della competenza (21), è risponsabile solo pel dolo e per la colpa grave (22), non è tenuto a pa-

(11) L. 35. § 5. C. *de donat.* (8. 54.) § 2. J. *eod.* (2. 7.) Nov. 162. c. 1.

(12) *Meyerfeld* La teorica delle donazioni secondo il dritto Romano 2. vol. Marb. 1835. e 37. 8.: *Savigny* Sistema vol. IV. § 142-176. Nel mio sistema del dritto Romano (Rom. 1823. 8.) nei quadri io ho posto la donazione nella parte generale, il che di poi è stato fatto anche da altri. Ma sebbene questo sia il debito posto, se si riguardi semplicemente alla natura della donazione, nondimeno per la dichiarazione e per l' intelligenza dei particolari pare conveniente di riserbar la teorica della donazione al dritto delle obbligazioni.

(13) L. 29. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 10. C. *eod.* (8. 54.)

(14) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. L. 26. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 9. pr. C. *eod.* (4. 5.) L. 10. C. *de donat.* (8. 54.)

(15) L. 19. § 5. 6. D. *de donat.* (39. 5.). Se solamente per apparenza siasi convenuta una controprestazione insignificante, il negozio rimane assolutamente donazione L. 38. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 46. D. *locati* (19. 2.). Nondimeno un negozio può in parte contenere una donazione, ed in parte essere oneroso L. 18. pr. D. *de douat.* (39. 5.) L. 11. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) Confr. anche Nota 25.

(16) La circostanza che il donatario debba nuovamente spendere il ricevuto non toglie l' idea di donazione L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.) L. 33. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 20. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Non si oppone L. 5. § 8. 9. 10. 16. 17. L. 40. D. *de don. inter. V. et U.* (24. 1.). Ma il vantaggio deve consistere in un arricchimento, cioè dee riguardare il patrimonio, per la qual ragione la manomissione non si tiene per donazione.

(17) L. 5. § 13. 14. D. *eod.* L. 19. § 1. D. *de donat.* (39. 5.). Per conseguenza anche il comodato, e la prestazione di altri favori non si ha per donazione.

(18) L. 23. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 1. pr. L. 6. D. *de donat.* (39. 5.) L. 36. C. *eod.* (8. 54.). Onorio escluse qui una volta il *constitutum possessorium*, ma di poi nuovamente lo ammise L. 9. C. Th. *eod.* (8. 12.); L. 28. L. 35. § 5. C. *eod.* (8. 54.)

(19) L. 1. § 7. D. *de superfic.* (43. 18.) L. 9. pr. § 1. L. 27. D. *de donat.* (39. 5.)

(20) L. 12. § 2. L. 38. D. *de usufr.* (7. 1.)

(21) L. 12. L. 33. pr. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 19. § 1. L. 41. pr. § 2. D. *de re jud.* (42. 1.) § 38. J. *de act.* (4. 6.)

(22) L. 5. § 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.); Theoph. IV. 1. § 13.; Collat. L. L. Rom. et Mos. X. 2.

gare interessi moratorii (23), e può ritenere i frutti ritratti dalla cosa promessa prima della contestazione della lite) (24), sia che B. egli ceda un credito (25), ovvero C. deleghi al donatario un suo debitore (26); 3) per la liberazione da pesi ed obbligazioni, allorchè il donante o rilascia un suo credito contro il donatario, o abbandona il *jus in re* che avea sulla cosa di lui (27), o soddisfa un debito del donatario in sua vece (28), o assume il carico di soddisfarlo (29). Come da ciò si fa chiaro non può esser quistione di una forma generale della donazione, giacchè la forma della donazione vuol esser differente secondo l' oggetto della medesima (30). Nel tempo stesso s' intende da sè che allorchè vien donato un credito, il debitore non è da ritenersi come donante, ed allorchè alcuno soddisfa o si impegna di soddisfare un debito altrui, il creditore non si vuol riguardare come donatario (31). Le condizioni, le determinazioni di tempo, il *modus*, e le riserve sono ammesse in ciascuna donazione (32). La volontà di donare *animus donandi* certamente non può mai esser presunta, ma si può nondimeno dedurre dalle circostanze (33). Intanto non basta la sola volontà del donante, ma è mestieri che vi si aggiunga anche l' accettazione da

(23) L. 22. D. *de donat.* (39. 5.)

(24) L. 9. § 1. L. 11. D. *eod.* Non si oppone L. 41. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.), la quale parla soltanto della vindicazione della cosa pervenuta nuovamente nelle mani del donante.

(25) L. 2. L. 3. L. 33. C. *de donat.* (8. 54.). Qui ha luogo la restrizione speciale che Giustiniano per rispetto alla *lex Anastasiana* vietò di vendere in parte o di donare in parte un credito L. 23. C. *mandati* (4. 35.)

(26) L. 2. § 1, 2. L. 21. § 1. L. 33. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 59. pr. D. *mand.* (17. 1.)

(27) L. 1. D. *de transact.* (2. 15.) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 9. pr. L. 17. L. 23. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 18. C. *eod.* (8. 54.) L. 11. pr. D. *de acceptil.* (46. 4.) L. 115. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 17. D. *comm. praed.* (8. 4.)

(28) L. 4. D. *de negot. gest.* (3. 5.)

(29) L. 21. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 26. § 3. D. *mand.* (17. 1.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.)

(30) Non è neppure generalmente esatta la proposizione che più volte s' incontra, che la donazione si possa fare anche tra assenti mediante lettere o messi L. 4. L. 10. D. *de donat.* (39. 5.) L. 1. L. 13. C. *eod.* § 2. J. *eod.*, ciò non si può fare in una promessa di donazione mediante stipulazione. Confr. nondimeno § 268. Nota 13. e 35.

(31) L. 21. § 1. L. 33. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 7. pr. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(32) L. 1. L. 2. § 6. 7. D. *de donat.* (39. 5.) L. 28. L. 35. § 5. C. *eod.* (8. 54.) L. 1-5. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(33) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 50. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 7. § 2. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 53. D. *de R.*

parte del donatario (34), giacchè a niuno può farsi una liberalità a suo mal grado (35). Soltanto, allorchè la natura stessa della cosa non porti, come nelle promesse di donare, la necessità di una dichiarazione espressa dell'accettazione, viene interpetrato come accettazione allorchè alcuno consapevole della intenzione del donante abbia taciuto sul suo operato, e per conseguenza abbia condisceso alla donazione (36). Ma finchè non vi è neppure un'approvazione tacita di questa maniera, il donante può cambiare la sua volontà di donare, ed è indifferente se il donatario per errore sulla volontà del donante (37), o per altra qualsivoglia ragione non abbia avuto notizia della donazione (38). Sono delle specie di donazioni che per molte particolarità si distinguono fra loro: 1) la donazione a causa di morte, *donatio mortis causa*, cioè quella donazione, che alcuno fa per la considerazione della morte che si aspetta (39). Siffatta donazione in generale vien riguardata come un legato (40), e per questa ragione è anche sempre rivocabile (41), ma siccome quella causa di donazione non può esser nota che per la dichiarazione propria del donante, così, allorchè quella causa non è stata indicata, la donazione vien sempre ritenuta come un'ordinaria donazione tra vivi, *donatio directa* s. *inter vivos* (42). 2) *La donazione universale*, allorchè alcuno dona tutto il suo avere o una quota del medesimo (43), il che veramente non costituisce una successione universale, e quindi i debiti non passano con essa (44), in quanto ai crediti poi bisogna cho ne sia fatta speciale cessione al donatario (45), come pure in quanto alle cose, biso-

J. (50. 17.) L. 11. L. 15. C. *de negot. gest.* (2. 19.) L. 7. C. *de donat.* (8. 54.); Fragm. Vat. § 260. 261.

(34) L. 55. D. *de O. et A* (44. 7.) L. 38. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.) L. 26. D. *de donat.* (39. 5.); Fragm. Vat. § 263. Si trova soltanto un'eccezione in cui i principii sulle pollicitazioni sono applicabili L. 19. pr. D. *eod.*

(35) L. 10. L. 19. § 2. D. *de donat.* (39. 5.) L. 69. D. *de R. J.* (50. 17.)

(36) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 11. L. 13. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(37) L. 18. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1)

(38) L. 2. § 6. L. 10. L. 26. D. *de donat.* (39. 5.)

(39) L. 2-6. L. 31. § 2. L. 35. § 4. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.). I particolari intorno a ciò si esporranno nel dritto di successione.

(40) L. 17. L. 37. pr. D. *eod.* L. 4. C. *eod.* (8. 57.) § 1. J. *de donat.* (2. 7.)

(41) L. 16. D. *eod.*

(42) L. 2. L. 13. § 1. L. 27. D. *eod.*; Fragm. Vat. § 249.

(43) L. 35. § 4. C. *de donat.* (8. 54.) L. 8. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(44) L. 17. § 1. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.)

(45) L. 35. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

gna che sieno individualmente consegnate (46), ma nondimeno questa specie di donazione ha ciò di proprio che il donante oltre a quello, che è necessario al suo mantenimento, può dedurre eziandio l'ammontare dei suoi debiti, in quanto questi non sieno fondati parimenti sopra una donazione (47). Per lungo tempo in questa donazione fu anche necessario enumerare partitamente tutti gli oggetti appartenenti al patrimonio donato, ma ciò fu abolito da Giustiniano (48). 3) *La donazione con l'aggiunzione di un modus*, la quale si ritiene come un affare oneroso per metà e precisamente come un *do ut des*, ovvero *do ut facias*, il perchè si può intentare per l'adempimento del *modus l'actio praescriptis verbis* (49), e può eziandio aver luogo la ripetizione di ciò che s'è dato, solo però allorchè il *modus* non siasi osservato (50). Ed inoltre, secondo una costituzione Imperiale, della quale non si ha esatta notizia, allorchè il *modus* consiste nel dover prestare gli alimenti al donante, è ammessa per la restituzione non solo la *condictio ob causam datorum*, ma anche la *rei vindicatio* (51), ed allorchè il *modus* si è aggiunto a profitto di un terzo, anche questi si può valere dell' *actio praescriptis verbis* (52). Nella donazione di una eredità devoluta al donante s' intende di per sè il *modus*, che il donatario assuma eziandio i debiti ereditarii (53), ma per tutt'altro il *modus* si deve aggiungere espressamente e nello stesso atto (54). 4) *La donazione rimuneratoria*; per la quale il donante si vuol mostrare riconoscente per un dono o altro favore ricevuto. Per rispetto alla obbligazione morale della gratitudine, questa donazione vien considerata non già come una pura liberalità, ma in certo modo come l'adempimento di un debito (55), e per tal ragione A. la mede-

(46) Fragm. Vat. § 263.; L 17. § 1. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 42. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.)

(47) L. 12. D. *de donat.* (39. 5.) L. 19. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.)

(48) L. 35. § 4. C. *de donat.* (8. 54.) Confr. con L. 1. L. 2. C. *Hermog. de donat.* (tit. 6.)

(49) L. 18. pr. § 1. L 28. D. *de donat.* (39. 5.) L. 6. L. 8. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 9. L. 22. C. *de donat.* (8. 54.)

(50) L. 2. L. 3. L. 6. L. 8. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.) L. 2 § 7. D. *de donat.* (39. 5.)

(51) L. 1. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(52) L. 3. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 286.

(53) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)

(54) L. 4. C. *de don. quae sub. modo* (8. 55.)

(55) L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 27. L. 34. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 56. § 1. D. *de furt.* (47. 2.)

sima è irrevocabile, quando in altri casi potrebbe aver luogo la rivocazione (56), la qual cosa Adriano applicò eziandio alle scambievoli donazioni tra conjugi, fino alla concorrenza del loro reciproco valore (57); B. inoltre ciò che si è ricevuto per effetto di una donazione rimuneratoria, si ritiene come una prestazione commutativa di ciò che il donatario dal suo canto ha prestato (58); e C. la remissione di un debito di garentia, fatta per rimunerazione al fidejussore equivale per costui al pagamento (59). Nondimeno siccome il dovere della gratitudine non è un'obbligazione in senso giuridico (60), così i principii della estinzione dei debiti non si possono qui più estesamente applicare di quel che espressamente trovasi prescritto nelle fonti. Del rimanente la circostanza che il donante siasi per errore creduto obbligato alla gratitudine, quando non ve n'era alcun fondamento, non rende nulla la donazione (61); ma in questo caso essa non può considerarsi come una donazione rimuneratoria.

b) *Limitazioni della donazione.*

§ 267. Nella donazione s' incontra una moltitudine di particolari cagioni d' invalidità, o di posteriore invalidamento, le quali dipendono da ciò che le donazioni in generale non appartengono agli affari dell'utile commercio; che la diminuzione del patrimonio del donante per esse effettuata per ordinario torna mediatamente a danno di altri che ingiustamente ne rimangono lesi; che qui principalmente è da temere una seduzione o sorpresa a proprio profitto; e che anche secondo l' esperienza le apparenti liberalità non di rado procedono meno dalla beneficenza che da debolezza e da precipitazione, o da una prodiga vanagloria, ovvero dalla sola intenzione di subornare.

1° La più antica limitazione che qui si riferisce fu indubitatamente la invalidità delle donazioni tra conjugi (1).

(56) L. 34. § 1. L. 27. D *de donat.* (39. 5.)

(57) L. 7. § 2. D. *de don. inter. V. et U.* (39. 5.)

(58) L. 25. § 11. D. *de hered. pet.* (5. 3.). Altri casi, in cui questo principio può avere applicazione, son contenuti nella L. 49. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 23 D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(59) L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mandati* (17. 1.)

(60) V. sopra § 218.

(61) L. 65. § 2. D. *de condict. ind.* (12. 6.)

(1) V. § 109. Altrettanto antica è certamente la regola che chi deve amministrare un patrimonio altrui, sebbene egli sia *loco domini* come il tutore, il *procurator omnium bo-*

2.° Forse a questa seguì per ordine di tempo il principio stabilito nell' Editto sull' *actio Pauliana* (2), che nelle donazioni di un debitore insolvente fatte in pregiudizio dei suoi creditori non si debba ricercare se vi fu dolo,ma il semplice pregiudizio dei creditori debba bastare per far cadere la donazione (3).

3.° Ma più importanti furono le limitazioni,che nell'anno di R. 550, furono introdotte dalla *lex Cincia* proposta da Marco Cincio Alimento (4). Questa legge vietò 1) agli oratori, che intervenivano per altri come avvocati,di ricever donazioni per questo fine (5),e verisimilmente vi aggiunse la pena del *crimen repetundarum* (6), alla quale però Augusto sostituì il pagamento del quadruplo ammontare del dono ricevuto (7). E per donazione in tal rincontro s' intendea ogni pagamento fatto all'avvocato per le sue cure; ma un Senatoconsulto sotto Claudio permise a siffatti avvocati di pattuire un onorario fino alla somma di 10,000 sesterzii minacciando la medesima pena del *crimen repetundarum*, se questa misura fosse oltrepassata (8). Per un Senatoconsulto sotto Nerone fu permesso agli avvocati di richiedere un proporzionato onorario, anche senza una precedente convenzione (9), purchè non si eccedessero i 10,000 sesterzii o 100 *solidi* (*aurei*), la qual somma fu sempre tenuta come il *maximum* (10).Pare che questi Senatocon-

norum cum libera administratione, ed il *filius familias*, al quale si è data la libera amministrazione del suo peculium L. 7. D. *de donat.* (39. 5.), non possa donar nulla, e lo stesso è per la rivocabilità delle donazioni a causa di morte ; ma ciò è fondato sopra altre cause, che non appartengono qui.

(2) V. § 86. Noi non sappiamo assolutamente nulla sul tempo di quest' Editto, se non che Cicerone ne avea già notizia. Cic. ad Attic. I. 1.

(3) L. 6. § 11. L. 17. § 1. L. 25. pr. D. *quae in fraud. cred.* (42. 8.) L. 5. C. *eod.* (7. 75.)

(4) Cic. in Cat. maj. c. 4., de Orat II. 71., ad Attic. I. 20.; Livius XXXIV. 4.; Festo p. *Muneralis*; Fr. *Brummer* ad legem Cinciam. Paris 1668. 4. Lips. 1716. 8.: *Savigny* nel Giornale per la cognizione storica del dritto vol. IV. n. 1.; *Rudorf* diss. de lege Cinc. Berlino 1825. 8. *Wenck* in praefat. ad *Hauboldi* Opusc. Acad. p. XXXVII. seg.; *W. Franke* trall. civ. Gott. 1826. 8. n. 1. ; *Schroeter* obs. *jur. Rom.* Jenae 1826. 8. n. 6.; *Hasse* nel Museo Renano vol. I. p. 185. seg. Io non posso uniformarmi in tutto a niuno dei sopranominati. In generale si disconosce che Giustiniano fu il primo che abolì interamente la *lex Cincia.*

(5) Tacit. Ann. XI. 5. XIII. 42. XV. 20.

(6) Tacit. Ann. XI. 6. 7.

(7) Dio Cass. LIV. 18.

(8) Tacit. Ann. XI. 7. Confr. Plin. Ep. V. 21.

(9) Sueton. in Nerone c. 17.

(10) Plin. Epist. V. 21.; L. 1. § 10-12. D. *de extraord. cognit.* (50. 13.) Confr.

sulti non avessero relazione alle proprie donazioni fatte agli avvocati, nondimeno per essi la predetta disposizione della *lex Cincia* dovè cadere in disuso; giacchè nel dritto Romano posteriore non trovasi altra limitazione alla liberalità di una parte verso il suo avvocato se non questa, che sia invalida la promessa fatta all'avvocato prima di finire la lite, intorno ad un compenso per la vittoria, *palmarium*(11), ovvero ad una porzione del guadagno, *quota litis* (12). 2) È possibile che la *lex Cincia* contenesse anche il divieto, che da quel tempo prese origine e viene attribuito ad un plebiscito, cioè che i Presidi non potessero ricevere donazione dai Provinciali (13). Nei diversi plebisciti *sul crimen repetundarum* questo divieto venne esteso a tutti gl' impiegati provinciali, anzi nella *lex julia repetundarum* di Cesare, a tutt' i Magistrati Romani ma solo in quanto non era a questi permesso, durante l'anno del loro esercizio, di ricevere in donazione da alcuno più di 10,000 sesterzii o 100 *aurei* (14). Anche i mandati Imperiali ripetutamente inculcarono questo divieto (15), ed esso fu sempre in vigore, sebbene negli ultimi tempi non fosse rigorosamente osservato. 3) Ma la disposizione principale della *lex Cincia* fu A. che le promesse di donazione di qualunque specie non obbligano, e però solo le donazioni eseguite son legalmente valide (16), e che B. anche le donazioni eseguite, allorchè oltrepassano una data misura, non debbono sempre e ad ogni modo esser valide (17). Nel primo rapporto per la donazione di cose richiedevasi assolutamente il trasferimento del possesso. Per le *res mancipi* dovea in vero aggiungersi anche la *mancipatio* o la *in jure cessio* (18), ma però queste forme non eran sufficienti senza una effettiva tradizione (19), anzi neppur

L. 3. C. *de postul.* (2. 6.) L. 2. C. *de lucr. advoc.* (12. 62.); L. 2. C. Th. *de concuss. adv.* (8. 10.)

(11) L. 1. § 12. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.)

(12) L. 5. C. *de postul.* (2. 6.); L. 3. C. Th. *eod.* (2. 10.)

(13) L. 18. D. *de offic. praes.* (1. 18.) Confr. Plin. Epist. IV. 9. Dio Cass. LX. 25. Verisimilmente a ciò allude la frase di Festo p. *Muneralis*: « Muneralis lex vocata est qua Cincius cavit ne cui liceret munus accipere ».

(14) L. 6. § 2. D. *de lege Jul. repet.* (48. 4.)

(15) L. 6. § 3. D. *de offic. procons.* (1. 16.)

(16) Fragm. Vat. § 263. 266. 267. 268. 283. 285. 293. 294. 297. 310-316. L'opinione di *Rudorf* che questa proposizione non si contenesse nella stessa *lex Cincia*, ma che vi fosse posteriormente aggiunta ci par priva di una ragione sufficiente.

(17) Ulp. Fragm. I. 1. (V. Nota 28.); Paul. S. R. V. 11. § 6.; L. 9. § 1. L. 11. L. 21. § 1. L. 23. pr. L. 24. L. 34. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 5. § 2. 5. D. *de doli exc.* (44. 4.); Fragm. Vat. § 266. 304. 306.

(18) Fragm. Vat. § 293. 313. Più tardi si ammise come sufficiente anche la dichiarazione *nel census* L. 7. C. *de donat.* (8. 54.)

(19) Fragm. Vat. § 293. 310. 311. Confr. sopra § 166. Nota 6.

questa era sempre subito sufficiente,giacchè valse il principio che il donatario dovesse essere in istato di potersi mantenere nel possesso anche contro il donante mediante gl' interdetti *retinendae possessionis*, il che secondo l' antica teorica dell' *interdictum utrubi* presupponeva che uno avesse già posseduto le cose mobili per la maggior parte dell'ultimo anno (20). Se la donazione non riguardava cose, allora l' esecuzione dovea naturalmente essere avvenuta in quella guisa che la natura dell'oggetto richiedea, a modo di esempio per la remissione di un debito, mediante accettilazione, per la donazione di un credito, mediante delegazione o cessione (21), e per quest'ultima si richiedeva eziandio che fosse intervenuta da parte del donatario anche la contestazione della lite (22). Prima che una donazione nell'una o nell'altra guisa fosse adempita e per tal modo divenuta perfetta, poteva aver luogo *l'exceptio legis Cinciae* (23), la quale senza dubbio era un'*exceptio in rem*, e quindi non competeva al solo donante, sebbene i Sabiniani sopra ciò facessero controversia (24). Intorno al *maximum* delle donazioni determinato nella *lex Cincia* manchiamo con maraviglia di ogni notizia, e non si possono fare che incerte congetture. Per ammettere che questo *maximum* fosse asceso a 20, 000 sesterzii o 200 *solidi* (25) si potrebbe trarre argomento dalla circostanza, che per la insinuazione delle donazioni di poi introdotta, questa somma primamente ci si presenta (26); non pertanto dalle menzionate disposizioni della *lex julia repetundarum* e dai Senatoconsulti sotto Claudio e Nerone, che stanno in relazione colla *lex Cincia* (27) per lo meno con la stessa probabilità si potrebbe de-

(20) Fragm. Vat. § 293. 311.

(21) L. 2. C. *de donat.* (8. 54.) L. 2. § 1. 2. L. 31. pr. L. 35. § 2. D. *de donat.* (39. 5.)

(22) L. 33. C. *eod.*; Fragm. Vat. § 263.

(23) Fragm. Vat. § 266. 294. 310.

(24) L. 24. D. *de donat.* (39. 5.); Fragm. Vat. § 266. (Ulpianus) « Nam semper exceptione Cinciae uti potuit non solum ipse, verum ut Proculejani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio, sed et heres ejus » rel. l'*exceptio quasi popularis*, della quale altrove non si parla mai, può esser bene una perifrasi della *exceptio in rem s. rei cohaerens*. Non si oppone L. 21. § 1. D. *eod.* Ma intorno agli eredi veggasi la Nota 45.

(25) Cujacii Obs. VI 18.; *Savigny* l. c. p. 32. seg.

(26) V. § 268. Nota 29.

(27) Pei due Senatoconsulti ciò è chiaro, per rispetto alla *lex Julia*, astraendo dalla intrinseca connessione delle circostanze ciò è provato da questo che la *lex Julia* avea eccettuato anche dal suo divieto le *personas lege Cincia exceptas* (Nota 33.). Pare che il rapporto delle due leggi sia questo, mentre la *lex Cincia* richiedeva soltanto che ciascuna donazione non superasse i 10,000 sesterzii, la *lex Julia* richiedeva che le donazioni,

durre che la misura fosse stata di 10, 000 sesterzii. D'altra parte è certo che non era illecita nè punibile la donazione che eccedesse la misura determinata, e che per regola non si potea neppur richiedere indietro ciò che si era donato di più; il perchè la *lex Cincia* fu chiamata *lex imperfecta* (28). Solo, allorchè il donante per errore avea omesso d' invocare la *lex Cincia*, potea con la *condictio* ripetere l'eccedente della donazione (29). Inoltre eranvi alcune persone esentate *personae lege Cincia exceptae*, le quali erano dalla legge eccettuate in ciò, che per esse A. non avea luogo alcuna rivoca della donazione a cagione di essersi oltrepassata la misura (30), B. cessava eziandio *l'exceptio legis Cinciae* contro una promessa di donazione fatta in una stipulazione formale, *promissio* (31); C. pel perfezionamento di donazioni fatte senza stipulazione bastava la semplice mancipazione di una *res mancipi* senza tradizione, e viceversa la tradizione senza mancipazione (32); e D. se la donazione proveniva da una donna, costei non avea mestieri dell' autorità del tutore perchè la donazione fosse perfetta (33). A queste persone eccettuate anche nella *lex julia repetundarum* (34) appartenevano a) i parenti e tra questi assolutamente e senza alcuna condizione i parenti dei primi cinque gradi, come pure dal sesto grado i sobrini (35), relativamente poi, anche i parenti più lontani, allorchè come donatari stavano nella potestà di alcuno, che si trovasse in uno dei predetti gradi (36), o allorchè erasi donata una dote (37); b) gli affini, ma evidentemente solo nel primo grado di af-

che un magistrato nel corso di un anno avesse ricevute da una persona, tutte insieme non superassero i 10, 000 sesterzii; nel tempo stesso essa puniva i magistrati che avessero ricevuto di più, il che non faceva la *lex Cincia*, e per consegnenza quella era più rigorosa di questa.

(28) Ulp. I. 1.

(29) Fragm. Vat. § 266.; L. 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5.). Che non si potesse ripetere l'intero si deduce dalla prescrizione della *lex Cincia*, che le donazioni una volta eseguite rimanessero ferme sino alla somma permessa.

(30) Ulp. I. 1.; Fragm. Vat. § 249. 304. 306.

(31) Fragm. Vat. § 263. 310. 311. Confr. L. 35. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(32) Fragm. Vat. § 263. 310.; L. 4. C. Th. *de donat.* (8. 12.). Qui s'intende di per sè che quando anche la tradizione di una *res mancipi* avesse reso perfetta, cioè non impugnabile la donazione, nondimeno il *dominium ex jure Quiritium* non poteva trasmettersi che mediante la mancipazione.

(33) Fragm. Vat. § 259. 264.

(34) L. 1. L. 7. pr. D. *de lege Jul. rep.* (48. 11.)

(35) Fragm. Vat. § 298-300.

(36) Fragm. Vat. § 301.

(37) Fragm. Vat. § 305. 306.

finità (38); c) i conjugi, ma ben s' intende, per quei casi, in cui l' invalidità delle donazioni fatte durante il matrimonio soffre una eccezione (39); d) i fidanzati (40); e) il tutore, allorchè facca donazione al pupillo (41); f) il patrono per le donazioni fatte ai suoi liberti (42), e g) quegli che era stato in una *bonae fidei servitus*, per le donazioni fatte al suo antico padrone (43). Ma da queste prescrizioni A. la limitazione delle donazioni ad una determinata misura può dedursi tutto al più fino al tempo di Costantino, ed anche prima di questo tempo l' osservanza di quel *maximum* era di già scemata, perchè ne veniva eccettuata la remissione di crediti eventuali e le donazioni per campare da un pericolo (44), ed agli eredi del donante anche in caso di errore veniva in tutto negata la ripetizione dell' eccedente donato (45). B. Al contrario la regola che dalle promesse di donazione non nasce azione, si conservò fino a Giustiniano (46), ma nel volger del tempo fu anch' essa in varie guise ristretta e mitigata. a) Contro l' *exceptio legis Cinciae* allegata dagli eredi del donante fu per Imperiali Rescritti conceduta al donatario la *replicatio doli*, allorchè il donante erasi morto senza mutare la sua volontà (47). b) Di più la pratica non ammetteva l' *exceptio legis Cinciae* allorchè il donante avea fatto un *constitutum debiti*, o erasi lasciato delegare dal donatario ad un altro (48), c) e per un Rescritto di Antonino Pio ebbero spezial favore le donazioni tra genitori e figliuoli, su di che però le notizie non sono interamente sicure. Secondo una relazione di Costantino, Antonino avea dichiarato

(38) Fragm. Val. § 302. 303.
(39) Fragm. Val. § 302.
(40) Fragm. Val. l. c. Confr. 262.
(41) Fragm. Val. § 304.
(42) Fragm. Vat. § 308. 309.
(43) Frag. Vat. § 307.
(44) L. 23. pr. L. 34. § 1. D. *de donat.* (39. 5.); Paul. V. 11. § 6.
(45) Fragm. Vat. § 272. 294. 312.
(46) V. § 268. Nota 34.
(47) Fragm. Vat. § 259. 266. 272. 294. 312. Nel § 266. il Rescritto che il Giureconsulto vuole allegare si è forse scambiato, imperocchè quello che segue nel testo non può esser quello di cui s'intendeva parlare. Dalla L. 32. D. *de donat.* (39. 5.) noi vediamo che al tempo del Giureconsulto Cervidio Scevola gli eredi aveano ancora l'*exceptio legis Cinciae*. Ma è maraviglioso come Papiniano nella L. 27. D. *de donat.* (39. 5.) per deridere contro gli eredi si appoggia ancora semplicemente a ciò che in concreto non vi sia alcuna vera donazione, ma soltanto un' assicurazione di compensare i servigii prestati, quantunque egli già conosceva la teorica mutata, come i Fragm. Val. § 259. e 294. ne mostrano.
(48) L. 2. § 2. L. 21. pr. L. 33. pr. § 3. D. *de donat.* (39. 5.)

produttiva di azione ogni manifesta promessa di donazione tra padri e figliuoli, e per conseguenza l' avea qui dispensata dalla stipulazione, che in altri casi era necessaria per le *personae exceptae* (49); ma il Rescritto potè forse contener soltanto il principio che per le donazioni senza stipulazione tra padri e figliuoli il perfezionamento, che allora si richiederebbe col mezzo dell' esecuzione, si dovesse ritener senz' altra pruova, allorchè il donante avesse rilasciato al donatario un attestato del seguito perfezionamento, imperocchè dopo quel rescritto trovasi siffatto principio (50), mentre l' azione nascente dalle promesse di donazioni non stipulate eziandio tra padri e figliuoli fu anche molto più tardi rigettata (51). Intanto è verisimile che alcuni dal Rescritto di Antonino effettivamente dedussero che per le donazioni tra padre e figliuoli non si richiedesse alcuna forma(52), e Costantino rinnovò in questo senso la disposizione di Antonino (53), e però dopo quel tempo le promesse di donazione di qualunque specie qui producevano assolutamente azione (54). Del resto per le donazioni fatte dal padre ai figli sotto la sua potestà questi principi non erano applicabili che condizionalmente. Imperocchè sebbene l' antica regola che tra padre e figliuoli sotto la potestà non possano intervenire affari giuridici con effetti civili (55), fosse sotto gl Imperatori per rapporto alle donazioni in parte abbandonata, pure non si venne mai ad ammettere altro, se non questo che le donazioni e le promesse di donazione del padre, allorchè questi moriva senza averle rivocate, o avea emancipato il figlio donatario, acquistavano per tal mezzo posteriormente la validità, e per conseguenza si aveano a trattare non come istituzione di un peculio, ma secondo i principi sopra le donazioni tra genitori e figliuoli (56). d) Il perfezionamento delle donazioni per mez-

(49) L. 4. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

(50) Fragm. Vat. § 252. 265. 297. 314.

(51) Fragm. Vat. § 263. 268. 285.

(52) Altrimenti non si comprende come Costantino possa esser venuto alla sua interpetrazione sul senso del Rescritto, e Paolo ancora IV. 1. § 11. accenna ad una siffatta opinione: « filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum jure debetur: sufficit enim inter conjunctas personas quibuscumque verbis, *ut in donatione*, voluntas expressa ».

(53) L. 4. C. Th. *de donat.* (8, 12.) Confr. L. 7. C. Th. *eod.*

(54) Intorno ad una posteriore limitazione di questo principio per parte dello stesso Costantino veggasi § 268. Nota 19.

(55) V. sopra § 246. Nota 33-37.

(56) Paolo V. 11. § 3.; Fragm. Vat. § 255. 256. 258. 266. 274. 277. 278. 279. 281. 292. 294. 295. 296. 314.; L. 1. C. Hermog. *de donat.* (tit. 6.); L. 17. C. *eod.*

zo dell' esecuzione fu anche per le persone non eccettuate dalla *lex Cincia* in più maniere agevolato, riconoscendosi come sufficiente esecuzione il così detto *constitutum possessorium*, specialmente colla riserva dell' usufrutto sulle cose donate (57). Che anzi l'Imperadore Decio nelle donazioni fatte ai fanciulli al di sotto di sette anni *infantes* dichiarò la tradizione ad essi fatta come una valida esecuzione, se il tutore posteriormente avesse data la sua approvazione (58), e più tardi per tutte le cose la semplice tradizione fu riguardata come una sufficiente perfezione della donazione (59). Alcune altre modificazioni del tempo posteriore, le quali han rapporto all' insinuazione delle donazioni, saranno più opportunamente esposte allorchè di questa si farà parola.

Continuazione.

§ 268.

4.° Sotto gl' Imperadori il dovere di lasciare una legittima agli eredi legittimarii fu esteso in ciò, che questi eredi potessero impugnare anche le donazioni inofficiose, allorchè il loro autore avesse consumato tanto in donazioni che dal suo primo patrimonio non rimanesse loro intatta neppure la legittima (1). La prima traccia di ciò trovasi in un Rescritto di Alessandro Severo (2), il quale potè essere anche la fonte di siffatta estensione, sebbene ciò non si scorga positivamente, ma i particolari intorno a ciò debbono riserbarsi al dritto di eredità.

5.° Al dritto conceduto da Claudio ai *patroni* di rivocare la manomissione a cagione dell' ingratitudine dei liberti, (3) l' Imperadore Fi-

(8. 54.) L. 31. § 2. D. *eod.* (39. 5.). Del resto parecchi di questi passi mostrano che questo nuovo principio incontrò molta opposizione, e che parecchi Imperadori si attennero all' antica regola.

(57) Questo si fa chiaro da ciò che più tardi fu un' altra volta di nuovo ordinato il contrario, sebbene per breve tempo. Veggasi § 268. Nota 23.

(58) L. 3. C. *de adq. poss.* (7. 32.). Che questo luogo molto controverso (Confr. § 156. Nota 6.) si riferisca al perfezionamento della donazione in conformità della *lex Cincia*, e che per conseguenza non debba essere inteso che delle cose donate, è a mio credere fuor d' ogni dubbio. Ma dalla L. 26. C. *de donat.* (8. 54.) L. 2. C. Th. *eod.* (8. 12.) si potrebbe dedurre che questo passo si rapporti solo alle cose mobili.

(59) Nel Fragm. Vat. § 249 che è una legge di Costantino ciò viene o presupposto o introdotto. Confr. Lex Rom. Burg. tit. 22.

(1) L. 1. C. *de inoffic. dom.* (3. 29.); Fragm. Vat. § 280. 282.

(2) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.)

(3) V. § 131. Nota 10.

lippo l' Arabo aggiunse la facoltà che i *patroni*, anche senza distruggere la manomissione, potessero punirne l' ingratitudine con la rivoca delle donazioni ad essi fatte (4). Anzi pare che Diocleziano fosse stato inclinato a permettere illimitatamente ai *patroni* la rivoca delle loro donazioni (5). Questo non fu per certo il dritto vigente; ma Costantino permise al *patrono* di poter rivocar le sue donazioni senza rispetto ad ingratitudine, almeno quando al tempo delle medesime non avesse avuto figliuoli, e di poi fosse venuto ad averne (6). Dopochè Costantino ebbe permesso anche la rivoca dell' emancipazione a cagione d' ingratitudine (7), non solo diede parimente al padre il dritto di punir l' ingratitudine dell' emancipato colla rivocazione delle donazioni fattegli (8), ma estese eziandio alla madre la facoltà di rivocar per ingratitudine la donazione fatta ai suoi figliuoli, purchè non fosse passata a seconde nozze. (9) Giustiniano infine permise ad ogni donante la rivocazione della sua donazione per cagione di una provata ingratitudine, ma questa facoltà fu data solo a lui medesimo, e non già anche ai suoi eredi (10), nello stesso modo che già per innanzi si osservava pel *patrono* e pei genitori (11).

6.° L' uso introdotto per sicurezza della pruova non solo di formare un istrumento di donazione, o almeno un attestato del perfezionamento della medesima avvenuto mediante l' adempimento, ma ancora d' insinuare la donazione in *gesta curiae*, cioè di farla iscrivere nel protocollo di un Senato Municipale (12), fu occasione che Costanzo Cloro elevasse questa insinuazione a condizione di validità di ogni donazione (13), in seguito di che Costantino pubblicò parecchie costituzioni relative a questo nuovo ordinamento. Da prima veramente pare che egli vacillasse nel suo piano; imperocchè mentre avea reso più difficile il

(4) L. 1. C. *de revoc. donat.* (8. 56.); Fragm. Vat. § 272.

(5) Fragm. Vat. § 313.

(6) L 8. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(7) Fragm. Vat. § 248. Questo passo qui sopra § 131. Nota 12 ci è sfuggito, e per conseguenza la L. un. C. *de ingratis liberis* (8. 50.) di Valentiniano I. è stata indicata come la fonte della rivoca dell'emancipazione, il che qui correggiamo.

(8) Fragm. Vat. § 248. Confr. L. 9. C. *de revoc. don.* (8. 56.)

(9) L. 7. C. *eod.*

(10) L. 10. C. *eod.*

(11) Fragm. Vat. § 272.; L. 7. C. *eod.*

(12) Confr. Fragm. Vat. § 266. 266. in fine 268. 285. 288. 297. L. 10. L. 13. C. *de donat.* (8. 54.)

(13) Costantino suo figliuolo riferisce questo nella L. 1. C. Th. *de sponsal.* (3. 3.) L. 3. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

requisito dell' insinuazione aggiungendo che questa non potesse validamente farsi che nella Patria del donante (14), ed avea annullato tutte le donazioni fatte dopo Costanzo Cloro, per le quali non si fosse osservata *l' insinuazione*, ancorachè fossero semplici donativi di fidanzati (15), dall' altro lato poi mitigò questo rigore in più punti, giacchè prescrisse che quando un figliuolo emancipato al di sotto di sette anni *infans* avesse ricevuto una donazione di fondi, la formazione di un istrumento di donazione, e l' immissione di uno schiavo per parte del fanciullo nel possesso del fondo fosse sufficiente senza l'insinuazione (16), e poco dopo richiamò di nuovo alla memoria la disposizione di Antonino sulle donazioni tra padri e figlinoli, come pure gli antichi principii sul più agevole perfezionamento delle donazioni per le *personae lege Cinciae exceptae* (17). Ma dipoi egli dispose che l' esecuzione di ogni donazione dovesse avvenire in presenza di testimoni, che si dovesse distendere un atto che indicasse il donante e tutte le cose donate, e che questo si dovesse iscrivere nel protocollo della Curia (18); ed ancora in seguito di un dubbio elevato vi aggiunse una dichiarazione autentica, che anche i più prossimi parenti, e gli stessi padri e figliuoli non ne fossero ecccettuati, ma intanto permise che l' insinuazione si facesse in quel luogo che meglio piaceva (19). Senza dubbio non fu più ritenuto per necessario di osservare la misura delle donazioni prescritta dalla legge Cincia, imperocchè posteriormente non se ne trova più fatta menzione; nondimeno le promesse di donazioni non acquistavano per effetto della insinuazione la forza di poter fondare un' azione (20), ma invece la regola che solo le donazioni eseguite fossero legalmente valide, rimase in voga come prima (21) fino a Giustiniano (22). Onorio riprovò pure che la riserba dell'usufrutto sulle cose donate si tenesse come un surrogato della tradizione (23),

(14) L. 3. C. Th. cit. del 316.

(15) L. 1. C. Th. *de sponsal.* (5. 3.) del 316.

(16) L. 2. C. Th. *de donat.* (8. 12.) L. 26. C. *eod.* del 316.

(17) L. 4. C. Th. *eod.* del 319. Confr. L. 7. C. Th. *eod.* e Fragm. Vat. § 249. nelle parole: » hinc enim nuper exceptis personis » etc.

(18) Fragm. Vat. § 249.; L. 1. C. Th. *eod.*; L. 25. C. *eod.* del 323.

(19) L. 5. C. Th. *eod.*; L. 27. C. *eod.* del 333.

(20) Di altra opinione è *Rudorff* l. c. § 13.

(21) L. 6. L. 7. L. 8. C. Th. *eod.*; L. 8. C. *de sponsal.*; (5. 3.); edict. Theodorici c. 52.; lex Rom. Burg. tit. 22.

(22) V. Nota 34.

(23) L. 8. C. Th. *de donat.* (8. 12.)

il che in vero egli medesimo poco di poi cambiò (24). Dopo quel tempo non seguirono altre nuove limitazioni delle donazioni, ma anzi le antiche furono parte abolite, e parte mitigate. Del rimanente la quistione se la dispensa dalla insinuazione delle donazioni Imperiali, come pure delle donazioni alle Chiese ed agli stabilimenti Pii, che Giustiniano attribuisce ai primi Imperadori (25), appartenga a questo tempo posteriore (dopo Onorio), ovvero fosse stata già per innanzi introdotta, rimane indecisa, giacchè la fonte di cosiffatta dispensa non si trova (26). Ma, prescindendo da alcune nuove disposizioni sulle autorità competenti per la insinuazione (27), possono qui con sicurezza rapportarsi i seguenti cambiamenti. 1) Teodosio II.A. per le *donationes ante nuptias* dispose che queste non solo come promesse di donazione dovessero produrre azione, purchè se ne fosse formato un istrumento (28), ma non avessero neppure mestieri della insinuazione, allorchè la donazione era di un valore al di sotto di 200 solidi (29); B. ma per qualunque donazione poi volle che, quando ne fosse già seguita l'esecuzione, non occorresse più esaminare se si fosse formato un istrumento o no (30). 2) Zenone, il quale confermò questa dispo-

(24) L. 9. C. Th. *eod.*, L. 28. C. *eod.*

(25) L. 34. pr. C. *eod.* L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.)

(26) Probabilmente non vi fu intorno a ciò alcuna costituzione espressa, ma l'esenzione delle donazioni Imperiali s' intendeva da sè stessa, imperocchè le convenzioni Imperiali, secondo la teorica più recente, aveano *legis vicem* L. 16. C. *de don. inter V. et U.* (5. 16.), e l' esenzione delle donazioni alle Chiese potè derivare dal favore per la dotazione delle medesime dopo Costantino, come pure la L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) fa notare, che essa non fu espressamente stabilita.

(27) L. 30. L. 32. C. *de donat.* (8. 54.)

(28) Ciò non fu altro che una conferma della conseguenza della massima che i fidanzati appartenevano alle *personae exceptae*. V. § 267. Nota 39.

(29) L. 8. C. Th. *de sponsal.* (3. 5.). Qui debbo notare che io tengo per un doppio errore quando ordinariamente si ammette 1) che l'eccezione dalla insinuazione per le donazioni al di sotto di 200 solidi qui non sia introdotta ma di già presupposta, e 2) che questa eccezione valesse per tutte le donazioni al di sotto di 200 solidi e non semplicemente per le *donationes ante nuptias*. Quest' ultimo per verità ha apparentemente in suo favore il § 2. J. *de donat.* (2. 7.); ma non si trova nulla di qoesti 200 solidi eccetto nella lex Rom. Borg. tit. 22., in cui essa si riferisce soltanto alle *donationes ante nuptias*. Le istituzioni l. c. danno soltanto una notizia storica alquanto inesatta, como accade anche in altri luoghi. Giustiniano medesimo nella L. 34. pr. C. *de donat.* (8. 54.) lascia anche travedere che i 200 solidi riguardavano soltanto le *donationes ante nuptias*, giacchè altrimenti egli non avrebbe avuta alcuna occasione di far quivi menzione di queste donazioni.

(30) L. 29. C. *de donat.* (8. 54.)

sizione, nel tempo istesso dichiarò non necessaria la presenza dei testimoni, che Costantino avea richiesta per l'insinuazione, e per le donazioni, che non avean d'uopo di alcuna insinuazione dichiarò sufficiente una scrittura privata di donazione formata senza partecipazione di pubblici uffiziali (31). 3) Finalmente Giustiniano emanò un buon numero di disposizioni che qui son da notare: A. due di esse son dirette all'abolizione totale della *lex Cincia*. a) La donazione di un credito si vuol ritenere come perfetta e compiuta per la semplice cessione, senza che vi sia mestieri della contestazione della lite da parte del donatario (32). b) Non solo la riserva dell'usufrutto sulle cose donate può surrogare la tradizione, come già per innanzi era riconosciuto (33), ma di più le promesse di donazione debbono generalmente produrre azione, cosicchè si può adoperare un mezzo di costringimento per far seguire la tradizione, e ciò non solo nel caso di una stipulazione formale, ma eziandio nel caso di un semplice *pactum* (34), presupposto però che siasi formata una scrittura di donazione (35), nel che, o che si tratti di una donazione speciale, o di una donazione universale, non è più d'importanza l'indicazione speciale che pri-

(31) L. 31. C. *eod.* Le donazioni, di cui qui s'intende parlare, che non aveano bisogno d'insinuazione, probabilmente oltre alle *donationes ante nuptias* al di sotto di 200 solidi (Nota 23.) sono anche le donazioni alle Chiese ed agli Stabilimenti pii, e le donazioni fatte dall'Imperadore (Nota (25. e 26.)

(32) L. 33. C. *de donat.* (8.54.)

(33) V. Nota 24.

(34) L. 35. § 5. C. *eod.* Per essa fu la *lex Cincia* per la prima volta interamente abrogata, ed è assolutamente falso ciò che ordinariamente si ammette, che avesse anche prima già perduto la sua applicazione. Nella L. 35. § 5. C. cit. non si scorge altro se non l'espressione che una promessa di donazione senza formalità, mediante un patto dovesse essere civilmente obbligatoria; ma la massima qui esposta che si possa agire in forza di una stipulazione è parimente qualche cosa di nuovo. In tutte le nostre fonti dopo della *lex Cincia* essa non trovasi come regola, ma soltanto come eccezione per certe donazioni, come le donazioni tra ascendenti e discendenti e le *donationes ante nuptias*. Ma Giustiniano potè egli medesimo ignorare onde avesse tratto origine il principio da lui abolito, e quindi potè dire in buona fede nella Nov. 162. c. 1. che la *lex Cincia* nel tempo antico era stata già un altra volta abolita.

(35) La necessità dell'istrumento di donazione introdotta da Costanzo Cloro e Costantino (Nota 13. e 17.) non fu mai generalmente abrogata, e la L. 35. C. *de donat.* (8. 54.) dal principio alla fine suppone sempre la necessità della scrittura, e quindi a rigore anche adesso una promessa di donazione per produrre obbligazione civile avrebbe mestieri della scrittura. Confr. anche Nov. 52. c. 2. La Novella 50. di Leone fu la prima a disporre che per le donazioni al di sotto di 50. solidi non fosse necessario alcun titolo.

ma si richiedeva degli oggetti donati (36), e tanto meno l' impiego di alcune formole di donazione divenute usuali (37) B. le altre prescrizioni, che qui rimangono a dire, riguardano le insinuazioni: a) questa continua ad esser necessaria solo nelle donazioni, che oltrepassano una determinata misura. Da prima Giustiniano determinò questa misura a 300 *solidi* anche per le *donationes ante nuptias* invece dei 200 *solidi*, che per queste erano in prima sufficienti (38), e per le donazioni per cause pie e di beneficenza *ad pietatem* la determinò a 400 *solidi* (39). Ma più tardi egli medesimo generalmente stabilì la somma di 500 *solidi* come la misura che rendeva necessaria l' insinuazione (40), eccetto per le donazioni di perpetue prestazioni annuali le quali debbono assolutamente insinuarsi (41). b). Se si è fatta donazione al di là di questa somma senza la debita insinuazione, allora vi è luogo a ripetere quel che si è donato di più, ma in tal caso, quando la donazione non consista in danaro, il donatario può evitare la restituzione rimborsando il valore del dippiù che ha ricevuto, e quando egli non voglia ciò fare, il donante mediante il pagamento di 500 solidi può richiedere la restituzione dell' intero (42). c) Le donazioni fatte in diversi tempi non debbono computarsi insieme, ma per ciascuna di esse particolarmente si dee vedere se ecceda o no la misura (43). d) Alcune donazioni sono al tutto dispensate dalla insinuazione, cioè le donazioni fatte dal Sovrano (44), e viceversa quelle che a lui medesimo son fatte (45); le donazioni alle Chiese ed agli stabilimenti pii (46), colle quali però non son da confondere quelle che hanno uno scopo di beneficenza, *ad pietatem* (47); le donazioni di prestazioni annuali per tutta la vita (48); le

(36) L. 35. pr. § 1-4. C. *eod.*

(37) L. 37. C. *eod.*

(38) L. 34. pr. C. *eod.*

(39) L. 34. § 1. C. *eod.*

(40) L. 36. § 3. C. *eod.*

(41) L. 34. § 4. C. *eod.*

(42) L. 34. § 2. L. 35. § 3. C. *eod.*

(43) L. 34. § 3. C. *eod.* Io non potrei indicare se il dubbio, che eravi intorno a ciò fra gli antichi, secondo che il testo dice, riguardasse la misura della *lex Cincia*, ovvero i 200 solidi nelle *donationes ante nuptias*. Ma la prima cosa è più verisimile per la espressione *veteres* che troviamo usata.

(44) L. 34. pr. C. *eod.*

(45) Nov. 52. c. 2.

(46) L. 19. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.) L. 34. pr. C. *de donat.* (8. 54.)

(47) L. 34. § 1. C. *eod.* Da ciò spontaneamente si deduce essere inesatto il volere eccettuar dalla insinuazione anche le donazioni remuneratorie, siccome molti fanno.

(48) L. 34. § 4. C. *eod.*

donazioni pel riscatto di prigionieri (49); le donazioni del Capitano ai soldati (50); e le donazioni per riedificare edifizii incendiati (51). Intanto a queste eccezioni espressamente riconosciute da Giustiniano si possono aggiugnere eziandio quelle che si fanno per campare da un pericolo, e la remissione di crediti semplicemente eventuali, giacchè nelle Pandette fu ricevuto l'antico principio, che si rapporta alla legge Cincia, cioè che in queste non si debba por mente alla misura (52).

IV. Contratti d'intercessione;

1) *Fidejussione.*

§ 269. Una classe di contratti per molte particolarità distinta vien formata da quelle convenzioni, per le quali alcuno intercede per altri, vale a dire obbligasè medesimo o le sue cose per un debito altrui (1). Il principal contrato di questa spezie è la garentia o sicurtà *satisdatio* (2), per la quale intendesi il contratto, con cui alcuno per via di stipulazione promette di voler rispondere di un debito altrui congiuntamente ed accessoriamene al debitore principale (3). I Romani per siffatta stipulazione aveano tre forme diverse, secondo le quali i garanti si dividevano in *sponsores*, *fidepromissores*, *e fidejussores*, e l'uso di questi diversi formolari da pima non era indifferente, giacchè gli *sponsores e i fidepromissores*, e spezialmente i primi godevano di parecchi favori tendenti ad alleviare il loro obbligo, e di cui i fidejussori non partecipavano (4). Ma Giustiniano tralasciò questi favori già prima in parte svaniti degli *sponsores e fidepromissores*, e quindi ora tutti i garanti si hanno a trattare come fidejussori. La teorica della fidejussione si può ridurre ai seguenti principii.

1.° La fidejussione cone intercessione presuppone un debito effet-

(49) L. 36. pr. C. *eod.*
(50) L. 36. § 1. C. *eod.*
(51) L. 36. § 2. C. *eod.*
(52) L. 23. pr. L. 34. § 1. D. *eod.* (39. 5.)

(1) La *obligatio rei*, cioè l'oppignorazione di una cosa non è certamente una convenzione obbligatoria; ma quando essa si fa per un debito altrui, e per conseguenza contiene una intercessione, può produrre dei rapporti di obbligazione tra il pegnorante ed il debitore, ed in ogni caso dee qui aversi in considerazione.

(2) L. 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 2. § 1. 3. D. *quod legat.* (43. 3.) L. 7. D. *de stipul. praet.* (46. 3.) L. 61. D. *de V. S.* (50. 16.)

(3) L. 1. § 8. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(4) Caj. III. 115. seg.

tivo (5). Intanto essa può validamente farsi anticipatamente per un debito futuro (6); è anche sempre sufficiente una *obligatio naturalis* (7), e perfino una *obligatio inefficax*, almeno quando era nota l'eccezione che vi si potea opporre (8). Non importa qual sia l'oggetto del debito, o quale il fondamento della sua origine (9), solo, secondo il dritto antico la sponsione e la fidepromissione avean luogo semplicemente per le obbligazioni di stipulazione (10), e Graziano dichiarò nulla la convenzione, con la quale la moglie si facesse prestare sicurtà per la restituzione della dote (11).

2.° Chi in generale può obbligarsi mediante convenzione può anche prestar garentia (12), e parimente si può prestar garentia per ogni debitore e ad ogni creditore. Secondo una *lex Cornelia*, di cui non si ha perfetta notizia (13), non era ammesso che una medesima persona facesse sicurtà in un anno pel medesimo debitore, o al medesimo creditore per più di 20,000 sesterzii, eccetto pochi casi, ai quali segnatamente si annoverano la sicurtà per la costituzione di una dote, e per l'adempimento di un legato, e più tardi anche pel pagamento della *vicesima hereditatum* (14). Ma nel dritto di Giustiniano non si trova nulla di ciò. Al contrario si trovano quì ancora le seguenti limitazioni: 1) Nelle obbligazioni naturali tra un padre di famiglia e quei che stanno sotto la sua potestà è valida soltanto quella fidejussione che altri fa per costoro al padre di famiglia, ma non viceversa pel padre di famiglia a costoro (15); 2) i soldati, le donne, e i minori sono al tutto esclusi dal fare sicurtà giudiziali (16); e 3) i primi dall' Im-

(5) L. 1. § 2. L. 6. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 11. L. 29. L. 46. L. 47. pr. L. 56. pr. L. 70. § 4. 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(6) L. 6. § 2. D. *eod.*

(7) § 2. J. *eod.* (3. 20.) L. 6. § 1. L. 7. L. 16. § 3. 4. L. 25. D. *eod.*; Caj. III. 119.

(8) L. 37. D. *eod.* Confr. con L. 1. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(9) L. 1. L. 2. L. 8. § 1-6. L. 56. § 3. L. 70. § 4. D. *de fidejuss.* (46. 1.) § 1. J. *eod.* L. 37. D. *mand.* (17. 1.)

(10) Caj. III. 119.; in ciò senza dubbio stava la ragione, perchè gli antichi Romani ordinariamente adoperavano la stipulazione anche nei contratti, che senza di essa avrebbero prodotto obbligazioni civili.

(11) L. 1. C. *ne fidejuss. dotis dentur* (5. 20.)

(12) L. 3. L. 19. L. 20. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(13) V. La mia St. § 56.

(14) Caj. III. 124. 125.

(15) L. 56. § 1. L. 69. § 3. D. *eod.*; Caj. III. 119.

(16) L. 8. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

peradore Leone furono anche esclusi dal prestar sicurtà per gli affitti di fondi (17); 4) Giustiniano inoltre vietò agli ecclesiastici di far sicurtà per gli appaltatori d'imposte, per gli amministratori del Fisco, e pei procuratori di lite (18).

3.° Per rispetto alla forma la fidejussione non richiede nulla oltre a ciò che richiede una valida stipulazione, per la cui forma, trattandosi di fidejussione i più recenti Romani poco si curarono anche delle paròle da adoperarsi (19). Nel dritto posteriore non si trova più menzione della disposizione di un antico ignoto plebiscito, che cioè il creditore dovesse fra trenta giorni pubblicamente far noto perchè gli fosse stata prestata sicurtà, e chi fossero i garanti, e se ciò non avesse fatto, costoro mediante un' azione pregiudiziale poteano costringerlo a liberarli, la qual cosa per verità quella legge avea prescritta solo per rapporto agli *sponsores e fidepromissores*, ma nondimeno si applicava eziandio alla fidejussione (20). Per contrario ne' tempi più recenti si prese l' usanza di prestar le fidejussioni per iscritto, tanto che per gli editti dei Prefetti del Pretorio fu disposto che le fidejussioni verbali non potessero obbligare che per due mesi, e ciò produsse infine una disposizione molto particolare di Giustiniano intorno alla forma delle medesime. 1) La fidejussione vale illimitatamente sol quando la scrittura si aggiunga alla stipulazione, nondimeno qui la stipulazione si finge avvenuta, allorchè nel titolo è dichiarato che taluno siasi obbligato per sicurtà. 2) Le fidejussioni semplicemente verbali regolarmente non valgono che per due mesi. 3) Intanto si fa eccezione per la fidejussione *cum attestatione*, cioè innanzi al Magistrato o a'testimoni, la quale per gli affari pubblici equivale ad una fidejussione scritta, e per gli affari privati ha almeno questo effetto, che, quando si è indicato un determinato tempo per la fidejussione, essa rimane valida per tutto quel tempo (21).

4.° Un principio generale limitativo è che la fidejussione non può riguardare un oggetto diverso, nè esser di fondamento ad un' obbligazione più grave del debito principale; e però si può bene prestar sicurtà solo per una parte, o sotto condizione, o con determinazioni più favorevoli di tempo, o sotto riserva d' un dritto di scelta tra più pre-

(17) L. 31. C. *de locat.* (4. 65.)
(18) Nov. 123. c. 6.
(19) L. 8. pr. L. 65. D. *de fidejuss.* (46. 1.) § 7. J. *eod.* L. 12. C. *eod.*
(20) Caj. III. 123.
(21) L. 27. C. *eod.* § 8. J. *eod.*

stazioni; ma per contrario il fidejussore non può validamente promettere più di ciò che deve il debitore, ovvero obbligarsi senza condizione per un debito condizionale, o accettar delle determinazioni di tempo più svantaggiose, o rinunziare ad un dritto di scelta competente al debitore (22).

5.° Se la fidejussione non è determinatamente ristretta ad una parte, il fidejussore non altramente che lo stesso debitore è tenuto non solo per tutto l' ammontare del debito, ma anche per tutti gli interessi accessori del creditore (23), eccetto le pene in cui il debitore sia incorso (24), e quelle pretensioni, che sien fondate sopra una nuova convenzione.(25) Ma d' altra parte il fidejussore, da pochi casi in fuori (26), ha eziandio tutte le eccezioni che competono al debitore (27).

6.° Se più persone han fatto sicurtà pel medesimo debito, ciascuna è tenuta per intero; nondimeno la primitiva obbligazione solidale di tutti i confidejussori fu di molto temperata: 1) da prima una *lex Apuleja* del sesto secolo di Roma fatta anche per le Province (28) dispose che, quando uno di più sponsori o fidepromissori abbia pagato il tutto, possa rivolgersi contro degli altri pel rimborso di una parte proporzionata (29). 2) Poco di poi una *lex Furia* fatta solamente per l' Italia aggiunse eziandio che uno sponsore o fidepromissore convenuto non pos-

(22) Caj. III. 126.; § 5. J. *eod.* L. 6. § 1. L. 8. § 7-11. L. 9. L. 16. § 1. 2. 5. L. 34. L. 49. § 2. L. 70. pr. § 1. 2. D. *eod.* L. 27. C. *eod.* (8. 41.) L. 33. D. *mandati* (17. 1.): Non si oppone L. 22. pr. § 1. D. *eod.*

(23) L. 45. § 6. D. *eod.* L. 54. pr. D. *locati* (19. 2.) L. 24. § 1. D. *de usuris.* (22. 1.) L. 32. pr. D. *de adm. tut.* (26. 7.) L. 49. pr. L. 91. § 4. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 4. § 1. L. 56. § 2. L. 58. § 1. L. 61. L. 68. § 1. D. *de fidejuss. empt. et* (46. 1.) L. 2. § 12. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* (50. 8.) L. 5. C. *de pact. int. vend.* (4. 54.). Una speciale limitazione ha luo go nella fidejussione per la prestazione di cose, in cui il fidejussore è responsabile soltanto del prezzo delle cose al tempo della fidejussione L. 22. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(24) L. 68. pr. L. 73. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 17. § 15. D. *ad munic.* (50. 1.) L. un. C. *de peric. eor qui pro mag.* (11. 34.)

(25) L. 54. L. 64. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 7. C. *de locat.* (4. 65.) L. 13 § 11. D. *eod.* (19. 2.) Confr. con L. 4. C. *de usuris* (4. 32.). Non si oppone L. 55. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(26) § 4. J. *de replicat.* (4. 14.) L. 29. pr. D. *mandati* (17. 1.) L. 7. § 1. L. 19. D. *de except.* (44. 1.) L. 21. § 4. D. *de exc. rei jud* (44. 2.) L. 15. pr. L. 32. L. 49. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.). Da ciò segue spontaneamente che il fidejussore non possa esser convenuto prima che il debito sia scaduto L. 57. D. *eod.*

(27) L. 21. § 5. L. 22. L. 23. D. *de pactis* (2. 14.) L. 58. § 1. D. *mandati* (17. 1.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 60. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(28) V. la mia St. § 55.

(29) Caj. III. 122.

sa in generale esser tenuto a pagare che una porzione virile secondo il numero de' suoi confidejussori viventi, senza distinzione se questi sieno solvibili o no; e che uno sponsore, il quale abbia pagato di più possa anche richiedere dal creditore il di più che ha pagato (30). 3) Un Rescritto di Adriano *Epistola divi Hadriani* estese ciò anche ai fidejussori, colla sola modificazione che i confidejussori dovessero esser solvibili (31), che il fidejussore, il quale domanda la divisione, non siasi renduto colpevole di dolo verso il creditore, e non abbia negata la fidejussione (32), e che chi una volta ha pagato l' intero non possa chiedere dagli altri il rimborso (33). 4) Dopo che tutti i garanti furono ridotti alla medesima condizione *l'Epistola divi Hadriani* divenne la norma generale, e i principii della *lex Apuleja e lex Furia* non ebbero più applicazione 5). Prima di Giustiniano erano i confidejussori anche interamente liberati allorchè il creditore erasi rivolto contro un solo, e questi, senza opporre l' eccezione della divisione, avea contestata la lite relativamente a tutto il debito; ma questo cessò per la disposizione di Giustiniano con la quale per questo rapporto appunto prescrisse che il semplice rivolgersi del creditore contro un *correus* non dovesse liberare gli altri (34).

7.° Fino a Giustiniano il debitore principale ed il fidejussore erano anche tenuti solidalmente (35), salvo allorchè la fidejussione riguardava un'*obligatio naturalis* (36), o allorchè il fidejussore come un così detto *fidejussor indemnitatis* avea semplicemente fatto sicurtà per quello che non potesse ottenersi dal debitore principale (37). Ma Giu-

(30) Caj. III. 121. IV. 22.

(31) Caj. III. 121.; § 4. J. *de fidejussor.* (3. 60.) L. 10. pr. L. 26. L. 27. pr. § 2. L. 28. L. 51. § 1-5. L. 52. § 1. D. *eod.* L. 3. L. 10. § 1. L. 16. C. *eod.* I fidejussori di diversi *correi debendi* naturalmente non si debbono riguardare come confidejussori L. 43. L. 51. § 2. D. *eod.*, e tanto meno il fidejussore, ed un altro fidejussore che egli medesimo si abbia costituito, *fidejussor fidejussoris* L. 27. § 4. D. *eod.*

(32) L. 10. § 1. D. *eod.*

(33) § 4. J. *eod.* L. 39. L. 49. § 1. D. *eod.* L. 11. C. *eod.* Da Cajo III. 122. noi vediamo che anche pei *sponsores* e *fidepromissores* in ciò si quistionava, se costoro potessero anche *ex lege Apuleja* domandare il rimborso, dopo che la *lex Furia* avea dato loro il *beneficium divisionis*.

(34) L. 28. C. *eod.* Confr. L. 3. L. 10. § 1. L. 16. L. 19. C. *eod.*

(35) L. 3. L. 5. L. 19. L. 21. C. *eod.* Anche nel chiedere le restituzione contro la perdita del dritto il creditore avea la scelta di rivolgersi a chi egli voleva L. 38. § 4. D. *de solut.* (46. 3.). Il mio trattato della restituzione nello stato primiero p. 529. seg.

(36) V. Nota 7.

(37) L. 16. § 6. L. 41. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 5. L. 17. C. *eod.* L. 1. C. *de conv. fisci debit.* (10. 2.)

stiniano concedè al fidejussore la così detta *exceptio excussionis*, per la quale il fidejussore non debb'esser risponsabile che dopo il debitore, e solo per quello che non si possa ottenere da questo, salvo allorchè il debitore sia assente e non si presenti fra un discreto termine che si dovrà concedere al fidejussore (38), e quattro anni dopo il medesimo Giustiniano aggiunse a compimento che quando nel contrarre un debito divisibile più persone han promesso di voler rispondere tutte quante per l'intero, ciò si debba riguardare non già come un'obbligazione correale ma solo come una reciproca fidejussione, cosicchè ciascuno per rapporto alle parti degli altri gode dell'eccezione della escussione (39).

8.° Se il fidejussore paga, allora ha il dritto di richiedere dal creditore la cessione del credito *beneficium cedendae actionis*, ancorchè ciò non sia convenuto nel pagamento; imperocchè egli pagando si presume non avere l'intenzione di estinguere il debito ma sibbene di comprare il credito (40).

9.° Ma anche senza la cessione del credito il fidejussore, che ha pagato o che già è stato condannato a pagare, ha il regresso contro il debitore medesimo (41), ed a tal fine ha *l'actio mandati* allorchè ha interceduto per commissione del debitore (42), altrimenti ha *l'actio negotiorum gestorum* (43). Solo si richiede che il debitore non abbia vietata l'intercessione, sebbene intorno a ciò prima di Giustiniano le opinioni fosser divise (44), che la fidejussione non siasi fatta colla intenzione di donare (45), che il fidejussore non sia stato ingiustamente costret-

(38) Nov. 4. c. 1. dell'anno 535.

(39) Nov. 99. c. 1. dell' anno 539. Intorno alla falsa opinione che per questi passi siasi data l'eccezione della divisione a tutt'i debitori correali veggasi *H. Donelli* comm. ad lib. II. III. IV. VI. e VIII. Cod. Ffti.1599. p. 686. seg.; *G. Asverus* Spec. inaug. ad nov. 99. Jenae 1822. 8. Il mio articolo nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIX. n. 3.

(40) L. 17. L. 36. L. 39. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 2. L. 11. L. 14. L. 19. L. 21. C. *eod.*

(41) Caj. III. 127.; § 6. J. *eod.* L. 45. D. *eod.* Anche la remissione da parte del creditore equivale ad un effettivo pagamento, allorchè si fa come una donazione rimuneratoria L. 10. § 13. L. 12. pr. D. *mand.* (17. 1.), ovvero allorchè il creditore in altra guisa vien soddisfatto L. 26. § 3. L. 47. pr. L. 56. § 1. L. 64. D. *eod.* L. 18. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(42) L. 6. § 2. 7. L. 10. § 11. L. 14. L. 29. § 6. D. *mand.* (17.1.) L. 25. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 14. C. *eod.*

(43) L. 3. § 11. L. 4. L. 5. pr. L. 46. § 1. D. *de negot. gest.* (3.5.) L. 20. § 1. L. 40. D. *mand.* (17. 1.)

(44) L. 40. L. 53. D. *eod.* L. ult. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(45) L. 4. D. *eod.* L. 6. § 2. D. *mand.* (17. 1.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.)

to a pagare (46), e che non possa al medesimo rimproverarsi alcuna colpa per non avere adoperate, o per aver mal sostenute le eccezioni fondate in dritto, o per non aver informato del pagamento il debitore, il quale per tal ragione abbia anch' egli pagato (47). Secondo una *lex Publilia* del sesto secolo di Roma competeva agli sponsori una speciale azione *actio depensi* contro il debitore per il doppio del valore, allorchè fra sei mesi non veniva loro rimborsato ciò che avean pagato, e quest' azione si distingueva in ciò, che era in tutto riguardata come l' *actio rei judicatae* (48), ma cessò insieme col dritto speciale degli sponsori e fidepromissori (49).

10.° In due casi il fidejussore può anche agire per essere anticipatamente fatto indenne, ovvero per esser liberato dalla fidejussione, cioè allorchè la fortuna del debitore comincia a presentare delle incertezze (50), ovvero allorchè egli ha prestato la fidejussione solo come amministratore del debitore, e la sua amministrazione è finita (51).

11.° Colla estinzione del debito principale estinguesi anche la fidejussione (52), salvo se la fidejussione fosse prestata precisamente pel caso che il debito principale si estinguesse, senza che il creditore fosse soddisfatto, il che vien presunto nella fidejussione pei minori, per rispetto alla restituzione (53). Se il debito principale è divenuto una *obligatio inefficax*, ciò torna a vantaggio anche del fidejussore; imperocchè egli egualmente che il debitore può valersi delle eccezioni fondate (54), ma non è così quando rimane tuttavia la *naturalis obligatio* (55). Oltre a ciò la fidejussione si estingue per la confusione, cioè per la riunione del debito principale e dell' obbligo della fidejussione in una medesima persona, eccetto allorchè il debito principale è una sem-

(46) L. 67. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(47) L. 8. § 8. L. 10. § 12 L. 22. pr. § 1. L. 29. L. 48. pr. L. 51. D. *mand.* (17. 1.)

(48) Caj. III. 127. IV. 9. 22. 25. 102. 171. 186.

(49) Una reminiscenza di ciò trovasi tuttora nella *lex Rom. Burg.* tit. 15. in fine.

(50) L. 38. § 1. D. *mandati* (17. 1.) L. 10. C. *eod.* (4. 35.)

(51) L. 45. § 2. D. *eod.* L. 6. D. *de contr. tut. jud.* (27. 4.)

(52) Pr. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 37. § 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 21. § 3. L. 49. pr. L. 68. § 2. L. 71. D. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 4. C. *eod.* L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.)

(53) Paul. I. 9. § 6.; L. 13. pr. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 1. L. 2. C. *de fidejussor. minor.* (2. 27.). Il mio trattato della restituzione § 30.

(54) L. 32. L. 49. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.) Confr. Nota 26.

(55) L. 60. D. *eod.* V. sopra § 218. Nota 40.

plice *naturalis obligatio* (56); pel decorso del tempo, allorchè o si è prestata la fidejussione per un tempo determinato, o per le sicurtà fatte verbalmente son trascorsi due mesi, senza che il creditore abbia promossa azione (57); e per pena del creditore, allorchè questi ha trascurato di esigere il debito scaduto, e il debitore di poi sia divenuto insolvibile, il che veramente prima valeva soltanto per la *fidejussio indemnitatis* (58), ma da che ogni fidejussione divenne fidejussione d'indennità (59) dovè valere generalmente (60). Nella fidejussione pei crediti risultanti da un determinato rapporto giuridico, col finire di questo cessa naturalmente la responsabilità del fidejussore per l' avvenire, anche quando quel rapporto giuridico fosse tra le parti nuovamente ristabilito (61); ma per la responsabilità a cagione de' crediti che di già ne sono risultati, il cessare del rapporto giuridico non ha influenza veruna. Può anche addursi come una specie particolare di estinzione che la fidejussione di presentare alcuno in giudizio cessa per la morte del medesimo (62). L' antica regola che la sponsione e la fidepromissione dura solo due anni e non passa agli eredi, non avea luogo nella fidejussione (63), e quindi è scomparsa dal dritto di Giustiniano.

2) *Altri casi.*

§ 270. Le rimanenti convenzioni d' intercessione si dividono in due specie, le quali si sogliono distinguere come intercessioni *cumulative* e *privative*, secondo che o del pari che la fidejussione si aggiungono soltanto alla obbligazione del debitore, o estinguono questa, e si pongono in luogo della medesima.

1.° Della prima specie sono: 1) il così detto mandato qualificato allorchè il mandato ha per iscopo che il mandatario faccia qualche cosa a vantaggio di un terzo, per la quale questi rimanga rispetto a lui obbligato, e segnatamente che gli dia un prestito, o gli venda delle cose a credito, o faccia una spesa per lui (1). Siccome il mandante, che

(56) L. 95. § 3. D. *de solut.* (46. 3.) L. 5. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(57) L. 72. D. *eod.* L. 27. C. *eod.*
(58) L. 41. pr. D. *eod.* Confr. con L. 62. D. *eod.*
(59) V. Nota 38.
(60) *Thibaut* de fidejussore creditoris in exigendo negligentia liberato. Heidelb. 1829. 8., il mio articolo nel nuovo Mag. di Falk vol. IV. pr. 347. seg.
(61) L. 7. C. *locati* (4. 65.) L. 13. § 11. D. *eod.* (19. 2.)
(62) L. 26. C. *de fidejussor.* (8. 41.)
(63) Caj. III. 120. 121.; L. 4. § 1. L. 49. § 1. D. *de fidejuss.* (46. 1.)
(1) L. 2. § 2. L. 6. § 4. L. 12. § 13-15. L. 28. L. 59. § 4. 5. 6. L. 62. § 1. D.

qui principalmente vien detto *mandator*, può esser convenuto con l'*actio mandati contraria* pel rimborso ed indennità relativa alla commissione eseguita, in quanto il terzo non abbia adempiuto alla sua obbligazione, così è chiaro che in ciò si contiene una intercessione, e per questo compete ancora ai *mandatores il beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani*, allorchè la commissione è stata data da più (2); inoltre il *beneficium cedendae actionis*, allorchè eseguono il pagamento (3), e finalmente da Giustiniano fu ad essi anche conceduto il *beneficium excussionis* nello stesso modo che nella fidejussione (4). Non nuoce che il credito contro il terzo non sia munito di azione, e quindi che il *beneficium cedendae actionis* ed *excussionis* non sia applicabile (5), ma è essenziale che effettivamente sia nato un credito (6), che non si siano oltrepassati i limiti del mandato (7), e che questo non siasi estinto prima dell' esecuzione per morte, rivoca, o altrimenti (8). Se il *mandator* che ha pagato, anche senza cessione del credito debba avere il suo regresso contro il terzo, dipende dal vedere se concorrano o no le condizioni di una *negotiorum gestio*, da cui può nascere una obbligazione (9). 2) Il *constitutum debiti alieni*, allorchè si è promesso mediante un semplice patto di soddisfare un debito altrui (10), la qual convenzione non pur per la forma ma eziandio pei suoi effetti differisce per più riguardi dalla fidejussione, giacchè in essa A. si può promettere per transazione un oggetto diverso da quello, al quale il debito principale è diretto, ed il costituente può anche obbligarsi validamente sotto condizioni più gravi che lo steso debitore principale, sebbene questa dif-

mand. (17. 1.) L. 13. L. 24. L. 71. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 7. L. 22. C. *eod.* (8. 41.)

(2) L. 3. C. *de pecun. const.* (4. 18.) Confr. L. 59. § 3. D. *mand.* (17. 1.)

(3) L. 28. D. *mandati* (17. 1.) L. 13. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 10. 11. D. *de solut.* (46. 3)

(4) Nov. 4. c. 1. Confr con L. 60. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 23. C. *de fidejuss.* (8. 41.)

(5) L. 12. § 13. D. *mand.* (17. 1.)

(6) L. 32. D. *eod.*

(7) L. 59. § 5. 6. D. *eod.* L. 7. L.22. C. *de fidejussor.* (8. 41.) Non si oppone L. 62. § 1. D. *mand.* (17. 1.)

(8) In questo rapporto sono interamente da applicarsi i principii del mandato § 263. Nota 51.

(9) L. 6. § 2. L. 20. § 1. L. 40. D. *mand.* (17. 1.) L. 21. C. *de negot. gest.* (2. 19). Intanto si può pensare che il *mandator* sia stato anch' egli incaricato del mandato dal debitore o da un altro, ed allora anch' egli ha l'*actio mandati* L. 10. § 11. D. *mand.* (17. 1.)

(10) V. § 264. Nota 23.

ferenza in parte non appartiene che al dritto posteriore (11). B. L'azione non è *l'actio ex stipulatu*, ma l'*actio de constituta pecunia*, e quindi è un'azione di buona fede, la quale ha eziandio questo di proprio che può intentarsi ovunque s'incontra il costituente (12), e C. al costituente non compete il *beneficium cedendae actionis* (13). Nel rimanente valgono quì in sostanza i medesimi principii che nella fidejussione (14). Così A. il *constitutum* presuppone anche un credito esistente almeno come *obligatio naturalis*, eccetto nel *receptum argentarii*, ove un errore sotto questo rapporto non rende invalida la promessa (15). B. Se la promessa comprende più che il debito principale, parimente non obbliga se non fino all'ammontare di questo (16). C. Inoltre il *constitutum* non contiene nessuna novazione, e però non libera il debitore (17). D. I costituenti godono come i fidejussori del *beneficium divisionis ex Epistola divi Hadriani* (18), ed eziandio del *beneficium excussionis* (19). E. Del pari possono valersi delle eccezioni che competono al debitore, quando il *constitutum* non vi abbia precisamente rinunziato (20). F. Finalmente non è da negar loro il regresso contro il debitore principale (21). 3) La costituzione di un pegno per un debito altrui (22), la quale certamente non dà luogo al *beneficium divisionis*, ma bensì al *beneficium cedendae actionis* (23), ed *excussionis* (24), e quando l'intercedente sia convenuto

(11) V. § 264. Nota 38-41.

(12) L. 16. § 1. D. *de const. pec.* (13. 5.)

(13) Ciò per vero non è espressamente detto, ma per aver questo beneficio avrebbe dovuto essergli espressamente attribuito.

(14) Non avendo noi più la differenza fra il *pactum* e la *stipulatio* non possiamo tuttora riconoscere differenza tra fidejussione e *constitutum debiti alieni* se non nel ricercare se la promessa sia diretta al medesimo oggetto e con condizioni eguali o più lievi che il debito principale, ovvero riguardi un altr'oggetto, o contenga condizioni più gravi. Questa distinzione è ora indifferente in quanto che l'azione nascente dalla fidejussione è anche di buona fede, ma conserva ancora un interesse pratico, ed è che il costituente può sempre esser convenuto, ed è privo del *beneficium cedendae actionis*. Confr. *Brinkmann* Notizie di dritto n. 46.

(15) L. 2. pr. § 2. C. *de const. pec.* (4. 18.) L. 1. § 6-8. L. 11. pr. D. *eod.*

(16) L. 1. § 8. L. 11. § 1. L. 12. D. *eod.* (13. 5) L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(17) L. 28. D. *de const. pec.* (13. 5.) L. 15. D. *de in rem. verso* (15. 3)

(18) L. 3. C. *de const. pec.* (4. 18.)

(19) Nov. 4. c. 1.; Nov. 136. c. 1.

(20) L. 3. § 1. L. 18. § 1. D. *eod.* L. 33. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(21) L. 27. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 24. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(22) L. 5. § 2. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.) L. 8. pr. L. 32. § 1. D. *ad Sct. Vellej* (16. 1.)

(23) L. 12. § 1. L. 19. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 32. § 5. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) Confr. § 200. Nota 10.

(24) Nov. 4. c. 2. Confr. § 201. Nota 34.

per la consegna del pegno, lo abilita anche a valersi delle eccezioni spettanti debitore (25), e se poi il pegno sia stato venduto del creditore, gli da il dritto d'intentare contro il debitore pel risarcimento del danno o l'*actio mandati*, o l' *actio negotiorum gestorum contraria*, secondo che l'oppignorazione sia stata fatta per mandato del debitore o no (26).

2.° Per contrario le intercessioni privative sono; 1) l'assunzione di un debito altrui mediante novazione, la quale chiamasi in preferenza *expromissio*(27), ed allorchè si fa per commissione dell'antico debitore, vien detta anche *delegatio* (28). Siccome ogni novazione estingue il debito antico, così il debitore precedente vien liberato (29), anche contro sua voglia (30). Ma è necessario A. un contratto di novazione, il quale generi da parte dell'expromettente almeno una *naturalis obligatio* (31). Se la promessa non è affatto obbligatoria, il creditore conserva i suoi crediti contro l'antico debitore (32), e se vien rescissa, li ricupera nuovamente (33). B. Inoltre bisogna che il debito expromesso sia effettivamente esistito. Nondimeno anche qui basta una *naturalis obligatio* (34), e le eccezioni che si poteano far valere non impediscono l'expromissione, anzi questa vale come una rinuncia alle medesime, se già erano note (35). Se alcuno si è fatto delegare come debitore del debitore, allora C. si richie-

(25) L. 2. D. *quae res pign.* (20. 3.)

(26) L. 32. § 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(27) L. 7. § 8. D. *de dolo* (4. 3.) L. 4. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 10. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 11. § 1. L. 56. D. *de peculio* (15. 1.) L. 8. § 8. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 37. § 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 4. § 3. D. *de re jud.* (41. 1.). *Expromittere* spesso adoperasi anche in generale per fare una novazione, e talvolta anche non significa altro che *promittere*.

(28) L. 11. D. *de novat.* (46. 2.) L. 8. § 3-6. D. *ad Sct. Vell.* (36. 1.). *Delegare* significa in generale dare un mandato per una novazione, e per conseguenza anche quando un creditore fa obbligare il suo debitore verso un altro L. 2. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 3. C. *de novat.* (8. 42.) L. 11. C. *de donat.* (8. 54.)

(29) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 8. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (36. 1.) L. 37. § 4. 8. D. *de op. lib.* (38. 1.) L. 18. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 30. L. 31. § 1. D. *de novat.* (46. 2.) L. 2. L. 3. C. *eod.* (8. 42.)

(30) L. 8. § 5. D. *eod.* L. 91. D. *de solut.* (46. 3.)

(31) § 3. J. *quib. mod. toll. obl.* (3. 29.) L. 1. § 1. L. 9. pr. L. 20. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(32) § 3. J. cit. L. 1. § 2. L. 8. § 7-9. L. 13. § 2. L. 14. L. 20. L. 24. § 2. 3. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 16. C. *eod.* (4. 29.)

(33) L. 50. D. *de minor.* (4. 4.) L. un. § 1. C. *de reputat.* (2. 48.)

(34) L. 1. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(35) L. 25. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) Confr. con L. 1 D. *de cond. ind.* (12. 6.)

de ancora che egli realmente sia debitore, e non abbia alcuna eccezione perentoria da opporre contro il suo debito, altrimenti potrebbe intentare la *condictio indebiti*, non già contro il suo creditore attuale, ma sibbene contro il delegante medesimo (36). Siccome qui l'antico debitore è liberato, così non può aver luogo un *beneficium cedendae actionis* ed *excussionis*. Per contrario coloro che in comune hanno expromesso un debito divisibile hanno assolutamente il dritto della divisione, sebbene qui l'*Epistola divi Hadriani* non abbia alcuna applicazione (37). In rapporto al regresso contro il debitore liberato, si dee distinguere: chi ha espromesso senza un mandato non può chiedere il rimborso se non in quanto concorrano le condizioni dell'*actio negotiorum gestorum*; ma chi è stato delegato ha l'*actio mandati contraria* contro il delegante (38), eccetto allorchè egli era debitore del medesimo, nel qual caso non gli può competere un dritto al risarcimento del danno, se non in quanto abbia interceduto ignorando le eccezioni, che avrebbe potuto opporre, ma allora gli compete anche la *condictio indebiti* (39). 2) La difesa di un debitore, allorchè alcuno assume la lite per lui e si difende in giudizio, il che, quando si fa per commissione del debitore, vien ritenuto come delegazione (40); ma anche senza commissione libera il debitore nel rapporto col creditore, quando questi ha condisceso all'intervento del difensore (41). Non però di meno chi ha difeso un debitore del Fisco, dopo seguito il pagamento può domandare la cessione dei crediti fiscali contro il precedente debitore (42); questo però come co-

(36) L. 26. § 12. in fine D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 41. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 7. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. *de novat.* (46. 2.)

(37) Non si può concepire una espromissione separata di più persone, imperocchè l'ultimo espromittente libera sempre il precedente; ma nella espromissione comune ha luogo la regola delle dodici Tavole che i debiti divisibili si dividono *ipso jure* fra più debitori (§ 247.), e se forse han promesso tutti di rispondere per l'intero, allora si applica la disposizione della Nov. 99. c. 1., che ciò non debba valere se non come una reciproca fidejussione, e quindi ciascuno non è tenuto per le porzioni degli altri, se non *in subsidium* § 269. Nota 39.

(38) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.). S'intende da sè che quest'azione non ha luogo se il delegato si sia addossatu il debito nel fine di donare L. 21. pr. D. *de donat.* (39. 5.)

(39) V. Nota 36.

(40) L. 11. § 1. D. *de novat.* (46. 2.)

(41) L. 8. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 10. § 1. D. *de in rem. verso* (15. 3.) L. 2. § 5. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 23. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. C. *de pact.* (2. 3.). Non si oppone L. 22. D. *de tut. act.* (27. 3.)

(42) L. 45. § 9. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 5. pr. D. *de censib.* (50. 15.) L. 7. C. *de privil fisci* (7. 73.)

sa del tutto singolare non comporta un'applicazione più ampia; ma eziandio senza una cessione siffatta ha luogo il regresso con *l'actio mandati*, o *negotiorum gestorum contraria* (43). Non si incontrano altre maniere d'intercessione (44), e come principi comuni per tutte le intercessioni non si possono allegare altri se non questi, che esse presuppongono sempre un debito, pel quale s'interceda, che nell'intercessione per sè stessa non si contiene alcuna donazione, e quindi l'intercedente per regola può chiedere il rimborso, almeno come *negotiorum gestor*, e che le donne ne sono escluse (45).

3) *Senatusconsultum Vellejanum.* (*)

§ 271. Dopo che gli Editti di Augusto e di Claudio ebbero già riprovato l'intercessione delle mogli pei loro mariti (1), il Senatoconsulto Vellejano anno di R. 799. (46. dopo Chr.) escluse intutto le donne dall'intercedere (2), la qual misura forse ebbe connessione con la liberazione delle donne anche intorno a quel tempo avvenuta dalla tutela perpetua dei loro agnati (3), e rimase sempre in vigore, sebbene più tardi in più rapporti fosse modificata. Questo Senatoconsulto non si estende ai pagamenti immediati fatti dalle donne per estinguere i debiti altrui (4), e neppure al caso che si abbiano addossato debiti altrui, se ciò è avvenuto senza contratto (5), o si sieno sottoposte ai rischi di un affare, allorchè nel rischio non si è pensato propriamente all'insolvibilità de'debitori (6). Per contrario esso riguarda le intercessioni propriamen-

(43) L. 3. C. *eod.* L. 58. pr. D. *mand.* (17. 1.) L. 31. § 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(44) Le contrattazioni menzionate nella L. 8. § 14. L. 29. pr. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) non sono vere intercessioni, ma soltanto convenzioni, sotto le quali *in fraudem legis* viene occultata una intercessione.

(45) V. § 271.

(*) *L. D. Kattenborn* sulle intercessioni delle donne secondo il dritto Romano. Giess. 1840. 8.)

(1) L. 2. pr. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) Confr. L. 8. § 1. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.)

(2) L. 2. § 1. D. *ad Sct. Vellej.* 16. 1.)

(3) Nella mia St. § 199 Nota 6. vien veramente indicata una ragione dalla quale si potrebbe dedurre che la *lex Claudia* dovesse riportarsi all'anno di Roma 803. (50. dopo Cr.), ma quella non è che una semplice congettura, e la *lex Claudia* può ben essere più antica che il *Sct. Vellejanum*.

(4) L. 4. § 1. L. 5. L. 8. pr. § 5. D. *eod.* L. 1. L. 9. C. *eod.*

(5) L. 32. pr. D. *eod.* L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(6) L. 19. pr. § 1. 2. 4. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

le dette di qualsivoglia specie (7), compresa la costituzione di un pegno per altri (8), e, secondo la dichiarazione dell'Editto Pretorio, anche i contratti pei quali alcuno cerchi di eludere il Senatoconsulto (9), anzi anche gli affari, pei quali una donna inavvedutamente è rimasta obbligata per debiti altrui (10). Ma sugli effetti delle intercessioni delle donne Giustiniano fece in parte delle disposizioni interamente nuove, il perchè è mestieri di riassumere in prima l'antica teorica, e di esporre dipoi le innovazioni di Giustiniano

1.° Secondo il Senatoconsulto Vellejano le intercessioni delle donne non sono interamente nulle. Certamente si può contro siffatte intercessioni opporre *l'exceptio Scti Vellejani*, la quale è *perpetua* (11) ed *in rem* (12), ed oltre a ciò privilegiata, e si ammette anche nell'istanza di esecuzione (13); per la qual cosa essa riduce l'obbligazione nascente dall'intercessione ad una *obligatio inefficax*, cosicchè anche quando si è pagato ha luogo la *condictio indebiti* (14), e quando si son venduti i pegni della donna che ha interceduto, ha luogo la revindicazione (15), ma 1) se la donna che ha fatta l'intercessione ha pagato conoscendo l'eccezione che le competea, allora cessa il diritto di ridomandare il pagato (16). 2) Sta in arbitrio della donna medesima, anche quando ha pagato per errore, se voglia far uso della *condictio*, o esercitare il suo regresso contro il debitore (17). 3) Anche l'intercessione privativa di una donna estingue effettivamente l'antico debito, ma per verità il creditore a sua richiesta vien restituito nel suo credito contro l'antico

(7) L. 1. pr. § 1. L. 2. § 4. 5. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

(8) L. 8. pr. L. 32. § 1. D. *eod.* L. 39. § 1. L. 40. D. *de rei vind.*

(9) L. 19. C. *ad Sct. Vellej.* L. 29. § 1. D. *eod.* Confr. con L. 8. § 6. L. 11. L. 12. L. 26. L. 28. § 1. L. 29. pr. L. 32. § 2. 3 D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(10) L. 23. L. 26. D. *eod.*

(11) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(12) L. 7. § 1. D. *de except.* (44. 1.) L. 6. L. 7. L. 8. § 4. L. 16. § 1. L. 19. § 5. L. 30. § 1. L. 32. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 7. L. 14. L. 15. L. 20. C. *eod.* Gli altri che abbian fatto intercessione insieme con una donna non possono naturalmente invocare il Senatoconsulto L. 48. pr. *de fidejussor.* (46. 1.) L. 8. C. *ad Sct Vellej.* (4. 29.) L. 18. D. *eod.*

(13) L. 11. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.)

(14) L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L 8. § 3. L. 24. § 2. L. 31. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

(15) L. 39. § 1. L. 40. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 32. § 1. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1) L. 7. C. *eod.*

(16) L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.) L. 8. § 10. L. 19. § 5. D. *eod.* L. 1. § 1. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(17) L. 31. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)

debitore, *restituitur actio*, il che però non fu introdotto nello stesso Senatoconsulto, ma potè forse essere aggiunto dall' Editto del Pretore come un giusto o piùttosto necessario compimento (18). 4) Similmente allorchè una donna, per eludere il Senatoconsulto, ha contratto in luogo di un altro, questo non è un atto privo di effetto, ma sulla richiesta del creditore il debito contratto dalla donna vien trasferito a colui, pel quale ella ha contratto, *instituitur nova actio* (19). 5) Oltre a ciò vi ha alcuni casi, nei quali il Senatoconsulto parte per le sue stesse disposizioni, e parte per leggi posteriori non può avere applicazione. Così avviene A. allorchè l' intercessione è avvenuta nell' interesse proprio della donna (20); B. allorchè il debito sebbene contratto da un altro pure propriamente riguarda lei medesima, cosicchè ella avrebbe potuto esser costretta a riconoscerlo o rimborsarlo (21); C. allorchè la donna intercedente ha operato dolosamente per trarre in inganno il creditore, e ciò è fondato sui Rescritti di Antonino Pio ed Alessandro Severo (22); D. allorchè in una intercessione mascherata il creditore non ha avuto notizia del vero stato della cosa, e ciò per un Rescritto di Antonino Pio (23); E. allorchè l'intercedente ha assunto il debito altrui per un equivalente ricevuto, o per la liberazione da un proprio debito (24); F. allorchè con intenzione di fare una liberalità l' intercessione si è fatta a favore di prossimi parenti a fine di soccorrerli in qualche urgente necessità (25); G. allorchè in una intercessione privativa, il creditore è minore, e l'antico debitore intanto è divenuto insolvibile, cosicchè la restituzione del credito contro costui che si facesse al minore non gli sarebbe di alcun prò (26); H. allorchè una donna espromettente per impedire la restituzione del credito contro l'antico debitore, pre-

(18) L. 1. § 2. L. 8. § 2. 7-13. L. 9. L. 10. L. 13. § 2. L. 14. L. 20. L. 24. § 2. L. 32. § 4. D. *eod.* L. 8. L. 16. C. *eod.* Nel Senatoconsulto rimastoci non vi è nulla di ciò L. 2. § 1. D. *eod.* Ma noi sappiamo che eravi un Editto relativo al Senatoconsulto L. 19. C. *eod.* e che nell' Editto pretorio erano principalmente stabilite delle regole sulla restituzione dei dritti perduti.

(19) L. 1. § 2. L. 8. § 14. 15. L. 29. pr. L. 32. § 5. D. *eod.*

(20) L. 8. § 1. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.)

(21) L. 3. L. 13. pr. L. 21. pr. L. 25. L. 27. § 2. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.) L. 6. pr. C. *eod.*

(22) L. 2. § 3. L. 23. L. 30. pr. D. *eod.* L. 5. L. 18. C. *eod.*

(23) L. 4. pr. L. 6. L. 11. L. 12. L. 17. pr. L. 19. pr. L. 27. pr. L. 28. § 1. D. *eod.*

(24) L. 15. L. 16. pr. L. 19. § 3. L. 22. L. 24. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(25) L. 21. § 1. D. *eod.*

(26) L. 12. D. *de minor.* (4. 4.)

sta cauzione di non far uso dell' eccezione del Senatoconsulto Vellejano (27); I. allorchè una creditrice per vantaggio di altri creditori ha rinunciato ad un dritto di pegno a lei competente, il che fu introdotto da Anastasio (28); K. ed anche secondo una disposizione di Giustiniano, allorchè la donna dopo due anni ha confermata la sua intercessione (29).

2.° Ora seguono le disposizioni innovative di Giustiniano; 1) l' applicazione della esposta teorica presuppone che l' intercessione siasi fatta per iscrittura con l' intervento del Magistrato, o confermata da tre testimoni degni di fede; se ciò non si è osservato, l' intercessione è invalida e nulla (30), senza pregiudizio però del principio che nell' intercessione privativa il creditore conserva il suo credito, e che, quando una donna ha contratto in luogo di un altro, il debito vien trasferito a costui (31), e di più con le eccezioni seguenti, nelle quali l'intercessione è valida senza por mente alla forma: cioè A. allorchè la donna ha ricevuto qualche cosa per l' intercessione (32), B. allorchè si è renduta garante pel prezzo di una manomissione (33), C. allorchè ha interceduto per la costituzione di una dote (34), e D. allorchè una madre o Ava come tutrice della sua prole ha rinunziato al beneficio del Senatoconsulto Vellejano, e quindi si ha addossato dei debiti pei suoi figli (35). 2) In nessun caso può una moglie intercedere pel suo marito, salvo che il creditore non dimostri che il debito sia stato contratto per sua utilità, e che l'oggetto del medesimo sia stato effettivamente impiegato per lei (36).

(27) L. 32. § 4. D. *ad Sct. Vellej.* (16. 1.)
(28) L. 21. C. *eod.*
(29) L. 22. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.) Confr. Nov. 61. c. 1. § 1.
(30) L. 23. pr. § 2. C. *eod.*
(31) L. 23. pr. C. *eod.*
(32) L. 23. pr. § 1. C. *eod.*
(33) L. 24. C. *eod.*
(34) L. 25. C. *eod.* A torto si è voluto ritrovar questo principio anche nella L. 12. C. *eod.* e nella L. 41. pr. D. *de jure dot.* (23. 3.), le quali parlano soltanto del caso che una madre dia ella medesima una dote alla sua figliuola.
(35) Nov. 118. c. 5.
(36) Nov. 134. c. 8., Auth. *Si qua mulier* C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

CAPITOLO II.

RAPPORTI DI OBBLIGAZIONI PER IMITAZIONE DELLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI

Obligationes quasi ex contractu.

I. *Negotiorum gestio.*

§ 272. Alcune obbligazioni *quasi ex contractu* sono convenientemente trattate in altre parti del sistema (1); ma il proprio posto per cosiffatti rapporti di obbligazione è dopo le obbligazioni contrattuali, alle quali esse per la loro teorica si rannodano. Qui in generale non ha niuna importanza il seguire uno o un altro ordine nel trattarli; imperocchè le cause generatrici di siffatti rapporti d'obbligazione per la più parte non hanno alcuna interna connessione. Per la qual cosa qui del pari che nelle istituzioni (2) può trattarsi in prima della *negotiorum gestio*, sebbene questa nell' antico dritto civile non fosse ancora elevata a causa di obbligazione. Per *negotiorum gestio* s' intende poi allorchè alcuno in tutto o in parte provvede a' negozii ed affari altrui, senza averne ricevuto incarico (3), ovvero commette ad altri di prenderne la cura (4), il che secondo l' Editto del Pretore genera le medesime reciproche obbligazioni che l' esecuzione di un mandato, a far valere le quali il Pretore introdusse *l' actio negotiorum gestorum* (5), azione perpetua e di buona fede (6), la quale si divide in diretta e contraria (7), ed in amendue le applicazioni passa anche agli eredi e contro gli eredi (8),

(1) La *obligatio quasi ex contractu* che ha luogo fra il tutore ed il pupillo § 2. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) ci si è già presentata di sopra § 133. e 147., e la *obligatio quasi ex contr.* degli eredi e generalmente di coloro che son gravati di un legato § 5. J, *eod.* troverà il suo posto nel dritto di successione.

(2) § 1. J. *eod.*

(3) L. 3. pr. § 1-3. L. 6. § 4. L. 31. § 7. L. 40. D. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 6. pr. § 2. 7. 12. L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.). Nella L. 16. *de neg. gest.* (3. 5.) la *negotiorum gestio* vien detta anche *contractus*.

(4) L. 21. § 3. L. 28. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 14. C. *eod.* (2. 19.)

(5) L. 1. L. 3. pr. D. *eod.*

(6) § 28 J. *de act.* (4. 6.) L. 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 8. C. *eod.* (2. 19.)

(7) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 2. L. 8. § 2. L 20. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(8) L. 3. § 7. L. 12. pr. § 1. L. 20. L. 34. D. *eod.*

ed egualmente che le azioni dei contratti può essere intentata contro il padrone o padre dell' obbligato (9).

1.° *L' actio negotiorum gestorum directa* è l' azione del padrone dell' affare *dominus negotiorum*, le cui faccende sono state amministrate, e dei suoi eredi contro colui che ne ha preso cura *negotiorum gestor* ed i suoi eredi, e tende 1) alla resa del conto intorno agli affari amministrati (10); 2) alla restituzione di ciò che per tal modo è pervenuto nelle mani del gestore (11), e 3) al risarcimento del danno cagionato da colpa di costui (12), in quanto questo danno non resti compensato dai vantaggi arrecati (13). Qui il *negotiorum gestor* è assolutamente responsabile anche della colpa lieve (14), anzi sopporta gli effetti dell'avvenimento fortuito, *casus*, allorchè si è messo ad imprese rischiose alle quali il padrone dell' affare non era solito di esporsi (15). Gli eredi però rispondono sempre solamente pel dolo e per la colpa grave (16); ed anche il gestore medesimo non è responsabile al di là di questa misura; allorchè si è fatto ad amministrare per allontanare un danno, da cui il padrone dell' affare era minacciato (17). Ma per regola la responsabilità qui non si può estendere anche alle omissioni; imperocchè la *negotiorum gestio* presuppone appunto che non siavi alcuna obbligazione a dover fare (18). Si fa nondimeno eccezione: A. allorchè alcuno per negligenza non mena a termine gli affari cominciati, e per questo dà occasione ad un danno (19), ovvero B. avendo intrapresa l' amministrazione di un bene altrui non ha fatto ciò che secondo le circostanze una ordinata amministrazione richiedeva, al che si riferisce segnatamente il caso quando colui che amministra come *negotiorum gestor* un patrimonio altrui, non paga alla scadenza ciò che egli medesimo deve al padrone dell' affare, e però è tenuto a pagare gl'in-

(9) L. 6. § 6. 7. L. 14. L. 15. D. *eod.*

(10) § 1. J. cit. Soltanto da un curatore la resa del conto non si può chiedere che dopo terminata la cura L. 14. C. *de adm. tut.* (5. 37.) V. § 147.

(11) L. 8. § 1. L. 23. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 19. C. *eod.* (2. 19.) L. 3. C. *de rei vind.* (3. 32.)

(12) § 1. J. cit.

(13) L. 11. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(14) § 1. J. cit. L. 20. C. *eod.*

(15) L. 11. D. *eod.*

(16) L. 17. C. *eod.*

(17) L. 3. § 9. D. *eod.*

(18) L. 20. C. *eod.*

(19) L. 21. § 2. L. 31. § 2. D. *eod.*

teressi, quando anche pel debito non si possa intentare azione (20); come pure C. allorchè un *negotiorum gestor*, il quale ha riscosso danaro, nè lo consegna nè lo impiega utilmente pel padrone dell' affare, il che del pari fa correre contro di lui gl' interessi, purchè non provi che anche il padrone dell' affare, non avrebbe potuto utilmente impiegare quel danaro (21), e si aggiunga che secondo le Imperiali costituzioni il *negotiorum gestor* dee pagare gl' interessi più alti che sien permessi, allorchè ha impiegato il danaro a suo proprio profitto, nel qual caso non si dee nemmeno esaminare se il padrone dell' affare ne avrebbe potuto ritrarre vantaggio (22). Tutte queste obbligazioni presuppongono anche che il gestore sia una persona che si possa obbligare, solo è da notare che anche qui è applicabile il principio stabilito da Antonino Pio pei contratti dei pupilli, che cioè non si possa agire contro di essi se non in quanto si siano arricchiti (23).

2.° Dall' altro lato al gestore ed ai suoi eredi compete contro il padrone dell'affare ed i suoi eredi *l'actio negotiorum gestorum contraria* per esser fatto indenne (24), e quindi 1) per esser liberato dalle obbligazioni assunte (25), e 2) per ottenere il rimborso delle spese fatte (26), con gli interessi secondo il corso del luogo dal momento che le spese furon fatte (27). Nondimeno bisogna che le spese sieno state secondo le circostanze necessarie e moderate (28), altrimenti non ha luogo che un *jus tollendi* (29), purchè il padrone non abbia approvato l'operato (30). Del resto non nuoce che l'utilità di una spesa o della gestione in generale siasi di poi perduta per qualche avvenimento (31). Ancora qui non importa il vedere se il padrone dell' affare sia capace di obbli-

(20) L. 6. § 12. L. 18. L. 19. pr. L. 38. D. *eod.*

(21) L. 13. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 19. § 4. L. 31. § 3. L. 37. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(22) L. 38. D. *eod.*

(23) L. 3. § 4. L. 34. D. *eod.* V. sopra § 222. Nota 15.

(24) § 1. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 2. D. *de neg. gest.* (3. 5.). Gli eredi possono esser convenuti anche allorchè prima della loro adizione ebbe luogo la *negotiorum gestio* per rapporto all' *hereditas jacens.* L. 3. § 6. L. 21. § 1. D. *eod.*

(25) L. 45. § 2. D. *mandati* (17. 1.) L. 2. L. 40. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(26) L. 2. L. 45. pr. D. *eod.* L. 3. L. 10. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(27) L. 19. § 4. D. *eod.* L. 37. D. *de usur.* (22. 1.) L. 24. C. *eod.* (4. 32.) L. 18. C. *de neg. gest.* (2. 19.)

(28) L. 10. § 1. L. 25. L. 45. pr. D. *eod.*

(29) L. 27. pr. D. *eod.* L. 3. § 4. D. *de in rem. verso* (15. 3.)

(30) L. 9. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(31) L. 10. § 1. L. 12. § 2. L. 13. L. 22. L. 31. pr. L. 37. § 1. D. *eod.*

garsi; imperocchè la sua obbligazione appartiene alle *obligationes ex re venientes* (32), e tanto meno se il gestore abbia provveduto agli affari altrui scientemente ed *animo obligandi*, ovvero abbia operato nella opinione che fosser suoi proprii affari, o che egli vi fosse tenuto (33). Per contrario necessariamente si richiede 1) che il gestore non abbia voluto donare (34), la quale intenzione viene anche presunta allorchè i parenti ed amici di alcuno si sono interessati pe' bisogni del medesimo (35), ma questa intenzione di donare non esclude *l'actio directa* contro il gestore, ma sibbene l'*actio contraria* che a lui competerebbe (36); 2 che non sia manifesto che il medesimo abbia avuto semplicemente l'intenzione o di fare un guadagno per la sua gestione, o di recare un danno, nei quali casi egli può del pari illimitatamente esser convenuto, ma non può da sua parte agire, se non in quanto il padrone dell'affare ne sia rimasto arricchito (37); 3) che al medesimo non fosse stata dal padrone dell'affare vietata la gestione, nel qual caso, secondo la decisione di Giustiniano, valgono i medesimi principii (38); 4) che il padrone dell'affare non abbia avuto interesse che l'operato non si fosse fatto (39); 5) che il gestore non fosse stato giuridicamente obbligato a ciò che ha fatto (40), e da ultimo 6) che gli affari amministrati possano effettivamente riguardarsi come affari del convenuto (41), il che in caso di necessità il gestore dee dimostrare, salvo al-

(32) L. 3. § 5. L. 6. pr. L. 37. pr. D. *eod.* L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. C. *de neg. gest.* (2. 19.). È singolare che secondo questi passi un pupillo come *dominus negotiorum* non è responsabile se non in quanto siasi arricchito. Manifestamente qui si è applicato a rovescio il Rescritto di Antonino.

(33) L. 5. L. 6. § 4. 5. L. 19. § 2. L. 32. pr. L. 49 D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 14. § 11. D. *de relig.* (11. 7.). Senza ragione ordinariamente si richiede nel *negotiorum gestor* l'animo determinato *negotia alterius gerendi*. Quel che si richiede e che non abbia avuto l'*animus donandi*. È poi un'eccezione positiva che chi di buona fede ha edificato sul suolo altrui non abbia alcun' azione pel rimborso L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 33. D. *de cond. ind.* (12. 6.) C. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(34) L. 4. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 12. C. *eod.* (2. 19.) L. 6. § 2. D. *mand.* (17. 1.)

(35) L. 27. § 1. L. 34. L. 44. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 1. 11. L. 13. L. 15. C. *eod.* (2. 19.)

(36) V. i luoghi cit. nelle due precedenti note.

(37) L. 6. § 3. D. *eod.*

(38) L 8. § 3. D. *eod.* L. 24. C. *eod.* L. 40. L. 53. D. *mand.* (17. 1.)

(39) L. 10. § 1. L. 11. L. 43. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(40) L. 5. C. *eod.* Non si oppone L. 3. § 10. D. *eod.*

(41) L. 50. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 6. pr. § 1. 4. 7. L. 10. § 1. L. 23. L. 31. § 4. L. 35. § 1. 2. L. 45. pr. L. 46. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

lorchè il padrone dell'affare abbia approvato l'operato, nel qual caso peraltro compete contro costui anche *l'actio mandati*, mentre il gestore è sempre responsabile solo come un *negotiorum gestor*, e per conseguenza non va soggetto alla infamia, che *l'actio mandati directa* può produrre per effetto (42). Una speciale applicazione dell'*actio negotiorum gestorum contraria* è *l'actio funeraria*, la quale si distingue pel *privilegium exigendi* che ad essa va congiunto (43). La medesima appartiene a colui, che ha provveduto ad un funerale di un morto, contro coloro che vi eran tenuti, e tende ad avere il rimborso delle spese (44), in quanto non siasi ecceduto ciò che un funerale decente, conveniente allo stato, e proporzionato alla fortuna dell'obbligato richiedeva (45), e presuppone eziandio: 1) che non siasi avuta intenzione di donare (46), come pure 2) che l'obbligato non abbia per legittime ragioni vietato d'incaricarsi del funerale (47), 3) che non siasi fatta onta al morto per un funerale non conveniente (48), e 4) che non vi sia luogo ad alcun'altra azione per poterne ottenere il rimborso (49). Sono poi obbligati alle spese del funerale: 1) colui che dal morto ne ha avuto l'incarico e per questo ne ha ricevuto qualche cosa (50), 2) di poi i successori universali del morto (51), giacchè ciascuno per regola dee seppellirsi a spese della successione, il che può anche esser disposto dal magistrato senza la partecipazione degli eredi (52), 3) in quanto alle mogli, quegli che lucra la dote (53), altrimenti il marito (54), e 4) in quanto ai figli sotto la patria potestà, il padre, il quale è tenuto in preferenza anche del marito della figliuola (55).

(42) L. 60. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. § 9. 10. L. 9. L. 10. pr. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 9. C. *eod.* (2. 19.)
(43) V. § 227. Nota 7.
(44) L. 14. § 6. 16. 17. L. 15. D. *de relig.* (11. 7.)
(45) L. 12. § 5. L. 14. § 3-6. L. 21. L. 37. D. *eod.*
(46) L. 14. § 7-9. D. *eod.*
(47) L. 14. § 13. 14. D. *eod.*
(48) L. 14. § 10. D. *eod.*
(49) L. 14. § 12. 15. D. *eod.*
(50) L. 12. § 4. L. 14. § 2. D. *eod.*
(51) L. 12. § 4. L. 14. § 13. 17. L. 15. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 10.
(52) L. 12. § 6. L. 13. L. 14. pr. § 1. D. *eod.*
(53) L. 16-20. D. *eod.* L. 13. C. *de neg. gest.* (2. 19.)
(54) L. 28. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 11.
(55) L. 21. L. 28. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 21. § 10.

II. Obbligazioni nascenti dalla comunione di dritti.

§ 273: Dalla comunione di dritti non provenuta da contratto *communio incidens* risultano in sostanza tra i partecipanti le medesime obbligazioni che da una società, e per tal ragione sono annoverate alle *obligationes quasi ex contractu* (1); nondimeno non danno luogo all'azione di società, ma sibbene possono farsi valere mediante le azioni di divisione *judicia divisoria*, delle quali, secondo la diversità della comunione, ci ha tre specie: *l'actio communi dividundo*, *l'actio familiae herciscundae*, e *l'actio finium regundorum*.

1.° Ciascuna parte è tenuta a partecipare alle altre ciò che ha ottenuto dalle cose comuni, e quindi principalmeute i frutti e i prodotti, che egli solo ha ritratti (2), ma oltre di questi è tenuto anche a partecipare tutte le altre specie di guadagni, che per le cose comuni gli son provenuti (3), come pure tutto ciò che ha ricevuto dai terzi in compenso dei danni da essi a queste cose arrecati (4).

2.° Ogni partecipante dee risarcire i danni cagionati per sua colpa alle cose ed agli affari comuni (5), nel qual rapporto ciascuno per sè stesso è responsabile per ogni colpa (6), nondimeno se egli dimostra di non essere un attento padre di famiglia, non è tenuto che alla *diligentia quam in suis rebus*, e per conseguenza non è responsabile per le colpe lievi (7), eccetto nel caso di una colpa *Aquilia* (8).

3.° Ma per contrario ciascun partecipante ha pure dritto al rimborso di ciò che ha speso o pagato per gli affari comuni (9), ed al risar-

(1) § 3. 4. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.)

(2) L. 4. § 1. 2. D. *fin. reg.* (10. 1.) L 19. L. 41. § 3. L. 56. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 4. § 3. L. 6. pr. § 2. 3. 4. L. 11. L. 23. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.* (3. 37.)

(3) L. 19. L. 44. § 2. L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 32. D. *de stipul. serv.* (45. 3.)

(4) L. 19. pr. D. *de nox. act.* (9. 4.)

(5) L. 16. § 4. L. 17. L. 25. § 17. 18. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 8. § 2. L. 28. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 3. L. 19. C. *fam. herc.* (3. 36)

(6) L. 23. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 16. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 20. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.*

(7) L. 25. § 16. D. *fam. herc.* (10. 2.) V. § 41. Nota 20.

(8) L. 10. pr. L. 26. D. *comm. div.* (10. 3.) Confr. L. 52. § 2. D. *pro socio* (17. 2.)

(9) L. 4. § 1. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 18. § 6. 7. L. 25. § 10. L. 44. § 8. L. 52. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. pr. L. 4. § 3. L. 6. pr. § 12. L. 8. § 3. 4. L. 11. L.

cimento dei danni cagionati dalle cose comuni (10). Per le spese e pei pagamenti possono richiedersi anche gli interessi nel caso di mora, e questi alla ragione più alta che sia permessa, allorchè le spese sonosi fatte per riparare un edifizio (11). Intanto è mestieri che la spesa siasi fatta non prima di aver luogo la comunione (12), e nella determinata intenzione di fare una spesa per gli affari comuni. Se alcuno errasse, l'errore sulla persona del comproprietario qui veramente non avrebbe influenza (13), ma se l'errore consistesse in ciò, che alcuno si reputasse il solo proprietario esclusivo, allora in generale non avrebbe un'azione pel rimborso,ma sibbene un semplice dritto di ritenzione (14). Ma anche ove quell'intenzione abbia avuto luogo, si richiede parimenle che non sia stato possibile a chi ha fatto la spesa di pagare o di fare altra prestazione per la sua sola parte, in caso contrario egli non può intentare le azioni divisorie, ma solo *l'actio negotiorum gestorum contraria*,se concorrano le condizioni della medesima (15). Da ciò che precede si deduce che le azioni di divisione, le quali son tutte azioni di buona fede (16), passano agli eredi (17), e che, allorchè più azioni di tal fatta sono contemporaneamente intentate tra le medesime persone, debbono esser trattate innanzi allo stesso giudice (18). Esse hanno un duplice scopo:

1.° Il loro scopo principale è il dividere e far cessare la comunione. Ciò veramente può sempre farsi senza la cooperazione del giudice, mediante la convenzione delle parti (19), ma se queste non si possono accordare intorno a ciò, ciascuna può promnovere le azioni di divisione (20). In questa applicazione esse sono: 1) *actiones in rem*, im-

11. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 4. C. *eod.* (3. 37.) L. 18. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 32. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 46. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(10) L. 41. D. *de nox. act.* (9. 4.) L. 16. § 6. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 63. pr. D. *de furt.* (47. 2.)

(11) L. 18. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 52. § 10. D. *pro socio* (17. 2.) L. 4. C. *de aedif. priv.* (8. 10.) Confr. § 254. Nota 43.

(12) L. 49. D. *fam. herc.* (10. 3.)

(13) L. 6. pr. L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)

(14) L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *eod.*

(15) L. 40. L. 31. § 7. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 6. § 2. 7. 12. D. *comm. div.* (10 3.) L. 25. § 15. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. C. *de neg. gest.* (3. 5.)

(16) § 28. J. *de act.* (4. 6.)

(17) L. 48. D. L. 52. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 4. § 3. D. *comm. div.* (10. 3.)

(18) L. 1. D. *de quib. reb. ad eund. jud. eatur* (11. 2.) L. 25. § 3-5. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(19) L. 57 D. *eod.* L. 3. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)

(20) L. 8. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 5. C. *eod.* (3. 37.)

perocchè, sebbene del pari che le azioni *in personam*, possano dirigersi soltanto contro determinate persone, cioè contro quei che son partecipi degli stessi dritti, pure il loro fondamento non è un credito, ma la comproprietà dell' attore, e le medesime qui servono a rivendicare all' attore il possesso assoluto ed indipendente della sua porzione, *pro vindicatione rei sunt* (21); 2) *actiones duplices* (22), mentre ciascuna delle parti può egualmente intentarle, ed allorchè concorrono nello stesso tempo più persone, la sorte dee decidere chi debba far da attore (23), eccetto A. allorchè colui, che vuol far da attore, non ha il dritto di alienare (24), ovvero B. allorchè egli medesimo o il suo autore ha promesso di non chiedere la divisione prima di un tempo determinato (25), ovvero C. allorchè il suo dritto di comunione gli vien contrastato ed egli non si trova in possesso, nel qual caso deve in prima rivendicare (26), ovvero D. allorchè il suo compossesso è manifestamente una *possessio vitiosa* (27). 3) Una singolarità, che qui occorre di notare, è il dritto che il giudice ha di fare un' aggiudicazione per far cessare la comunione (28). In riguardo alla validità della divisione 4) è da distinguere: A. se alcuni degli interessati sono stati omessi, costoro possono muovere azione per una nuova divisione (29), e del pari per la omissione di qualche oggetto della comunione può di nuovo intentarsi un' azione per procedersi ad una divisione suppletoria (30). Ma per altro una divisione giudiziaria non può impugnarsi se non per gli ordinarii rimedii contro le sentenze (31),

(21) L. 1. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 22. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) § 20. J. *de act.* (4. 6.)

(22) L. 13. L. 14. D. *de judic.* (5. 1.) L. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) L. 44. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 37. § 1. D. *de O. et. A.* (44. 7.)

(23) L. 13. L. 14. D. *de judic.* (5. 1.)

(24) L. 7. pr. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (27. 9.) L. 2. C. *de fundo dot.* (5. 23.) L. 17. C. *de praed. minor.* (5. 71.)

(25) L. 14. § 2. 3. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 14. L. 16. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(26) L. 1. § 1. L. 45. pr. L. 51. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 2. D. *si pars her. pet.* (5. 4.) L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. § 1. D. *de rei vind.* (6. 1.). Frontinus de limit. p. 79. ed. Goes. Non si oppone L. 30. D. *comm. div.* (10. 3.)

(27) L. 7. § 5. D. *comm. div.* (10. 3.)

(28) V. § 66. Nota 18. § 167. Nota 1. e 2. § 189. Nota 1.

(29) L. 17. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(30) L. 4. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 20. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(31) L. 1. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 2. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 36. L. 41. L. 44. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)

ed una divisione convenzionale non può essere impugnata se non secondo le regole generali sulla violenza, sul dolo, e l'errore nei contratti, e sulla restituzione nello stato primiero (32); il perchè quando niuna impugnazione di tal fatta abbia luogo, una disuguaglianza non vien presa in considerazione (33).

2.° Il secondo scopo delle azioni di divisione è l'adempimento delle obbligazioni quì innanzi indicate (34), ma questo non solo, come prestazione accessoria, può esser richiesto nel tempo stesso che si domanda la divisione, nel qual caso, se nella divisione stessa non si effettui, dee prestarsi cauzione (35), ma può anche domandarsi isolatamente, essendo indifferente se si poteva nel tempo stesso agire per la divisione o no, giacchè anche nel diffinire e risolvere quei rapporti di obbligazione si contiene una specie di divisione fra le parti (36). Solo in questa circostanza, che le azioni di divisione sebbene in sè stesse non si fondino sopra un credito, pure possono anche servir semplicemente a far valere gli anzidetti crediti, sta 1) la ragione perchè sono indicate come *actiones mixtae* (37), così pure 2) solo alle prestazioni personali si rapporta l'esclusione della prescrizione *longi temporis* per le azioni di divisione (38). Imperocchè il dritto alla divisione in generale non si prescrive finchè sussiste la comunione (39). Per quello poi che riguarda le singole azioni di divisione, esse sono:

(32) L. 36. L. 57. D. *eod.* L. 12. C. *eod.* L. 4. C. *comm. div.* (3. 37.) L. 1. L. 2. L. 8. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 8. C. *de collat.* (6. 20.), *Consult.* vet. Icti II. *lex* 1. 2. IX. *lex* 9.

(33) Non si oppone L. 38. D. *fam. herc.* (10. 2.), come pure L. 3. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.), le quali secondo il loro proprio fondamento non debbono essere intese che del dolo e dell' errore, imperocchè anche nei giudizii di buona fede solo questi vizii danno dritto al risarcimento del danno. L. 16. § 4. D. *de minor.* (4. 4.) L. 22. § 3. D. *locati* (19. 2.) L. 11. L. 15. C. *de resc. vend.* (4. 44.) Nov. 97. c. 1.

(34) L. 22. § 4. D. *fam. herc.* (10. 2.). « familiae herciscundae judicium ex duobus constat, idest rebus *atque praestationibus, quae sunt personales actiones.* » L. 4. § 3. L. 8. § 2. L. 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(35) L. 8. pr. L. 19. L. 25. § 10. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 15. L. 16. C. *comm. div.* (10. 3.)

(36) L. 24. pr. L. 31. L. 39. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 1. L. 11. L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.)

(37) § 20. J. *de act.* (4. 6.)

(38) L. 1. § 1. C. *de ann. exc.* (7. 40.) L. 6. C. *fin. reg.* (3. 39.)

(39) Il caso, in cui un comproprietario possiede di buona fede come cosa esclusivamente sua una cosa comune, nella qual circostanza egli può bene usucapire le parti degli altri L. 4. § 1. D. *pro emptore* (41. 4.) L. 43. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.), imperocchè la L. 3. C. *in quib. caus. cessat longi temp. praescr.* (7. 34.) non può riguardare che

1.° *L'actio familiae herciscundae* già riconosciuta o introdotta nelle dodici Tavole (40). Essa ha relazione solo all' eredità, ed appartiene non solo ai proprii coeredi, ma anche ad altri successori universali per causa di morte (41), e per essa valgono parecchi principii speciali, i quali dipendono dalla grande estensione e varietà del suo obbietto, ma la spiegazione dei medesimi convenientemente è da riserbarsi al dritto di eredità.

2.° L' *actio finium regundorum* (42), la quale del pari già s' incontra nelle dodici Tavole (43), e riguarda il caso di una comunione di fatto formata tra vicini a cagione dell' incertezza dei confini, in quanto l' incertezza dei confini, non si riferisca semplicemente a edifizii contigui (44); e oltre ai comproprietarii dei fondi possono promuover quest' azione anche coloro i quali, per un dritto reale che colpisce tutto il fondo, sono interessati allo stabilimento dei confini (45). Se s' incontra in certi luoghi una doppia azione di stabilimento di confini, *l' actio de fine*, o *finale jurgium*, secondo l' antico modo di dire, e *l' actio de loco* (46), ciò dipende dalla circostanza se sia divenuto incerto il *finis* negli *agri limitati*, ovvero un confine d'altra spezie, il che ha la conseguenza pratica, che nel primo caso a cagione della imprescrittibilità del *finis* non si può opporre all' azione alcuna usucapione (47), ma si può bene opporla nell'altro caso (48). Per la *lex Mamilia* dell'anno di Roma 589 sopra i confini delle terre (49) fu forse introdotta

il caso in cui manchi la buona fede, qui non si prende in considerazione, giacchè dopo l' usucapione non vi è più comunione, ed anche prima non han luogo contro di lui le azioni divisorie per effetto dei passi citati nella Nota 26.

(40) L. 1. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(41) L. 2. L. 24. § 1. L. 40. D. *eod.*

(42) *Rudorf.* sulle azioni per determinazioni di confini nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. X. n. 7.

(43) Cic. de legib. I. 21.

(44) L. 2. pr. L. 4. § 8. 10. D. *fin. reg.* (10. 1.) Cic. top. c. 10.

(45) L. 4. § 9. D. *eod.* L. 5. § 3. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(46) Cic. Quaest. acad. IV. 43.; *Frontinus* de limit. p. 40. ed. Goes. L. 5. C. *fin. reg.* (3. 39.); L. 3-5. C. Th. *eod.* (2. 26.); L. 60. D. *de V. S.* (50. 16.); Isidori orig. V. 25. Confr. con Nonio Marcello p. *jurgium*; Horat. Epist. II. 1. v. 38. II. 2. v. 170. 171.

(47) Cic. de leg. I. 21.; *Agenus Urb.* p. 53. ed. Goes.; Hyginus p. 139. ivi L. 5. C. *fin. reg.* (3. 39.); L. 3-5. C. Th. *eod.* (2. 26.); Consult. vet. Jcti. IX. ex corpore hermogeniani lex 4.

(48) *Hyginus* p. 164.; L. 2. § 6. L. 7. § 1. D. *pro emptore* (41. 4.); L. 3. C. Th. *fin. reg.* (2. 26.)

(49) V. La mia St. § 54. e *Rudorf* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. IX. n. 12.

anche un' altra differenza. Imperocchè secondo le dodici Tavole nel *finale jurgium* propriamente detto doveano nominarsi come arbitri tre agrimensori per riconoscere il *finis* (50), mentre al contrario nel *judicium de loco*, secondo la legge *Mamilia* pare essersi ammesso di potersi nominare degli arbitri nel senso proprio, ed in ogni caso anche un solo (51). Ma dopo Costantino la cosa è stabilita a questo modo, che nel *finale jurgium* sono da nominarsi tuttavia degli arbitri periti, per contrario nel *judicium de loco* lo stesso giudice per *extraordinariam cognitionem* dee decidere sulla quistione dei confini, e solo per le pretensioni personali può ancora nominare degli arbitri (52). Ancora seconda una disposizione di Costantino chi di propria autorità si mette in possesso della terra controversa non solo perde questa, ma per pena dee dare eziandio un altrettanto del suo (53). Se si possono riconoscere gli antichi confini, questi si debbono ristabilire (54); ma ove ciò non sia possibile, il Giudice può rimediarvi mediante aggiudicazione e stabilir nuovi confini (55). Per rispetto ai crediti personali la buona o mala fede dell' obbligato ha qui perfettamente la stessa influenza che nella rivendicazione (56).

3.° *L'actio communi dividundo* introdotta probabilmente dalla pratica ad imitazione delle altre due azioni di divisione (57), la quale ha luogo in tutti gli altri casi di comunione di dritti reali (58), e quindi anche allorchè più persone hanno in comune un' enfiteusi, o superficie (59), o una servitù (60), o un dritto di pegno (61). Anche nelle eredità può incontrarsi quest'azione, allorche nella divisione si son rimaste alcune cose particolari indivise, ovvero allorchè soltanto

(50) Cic. de leg. I. 21.; L. 8. D. *fin. reg.* (10. 1.). Da ciò avviene che presso gli *auctores rei agrariae* p. 41-57. ed. Goes. l' *actio finium regundorum* vien chiamata *judicium extraordinarium*.

(51) Cic. l. c.; *Frontinus* de limit. p. 79.; L. 4. pr. L. 7. D. *eod.*

(52) L. 3-5. C. Th. *eod.* Confr. L. 1. C. Th. *eod.*; L. 3. C. *eod.* § 6. J. *de offic. jud.* (4. 17.) *Cassiodor.* Varior. III. ep. 53.

(53) L. 2. C. Th. *eod.*; L. 4. C. *eod.*

(54) L. 8. L. 11. L. 12. L. 13. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(55) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. § 5. L. 7. L. 13. D. *eod.* § 6. J. *de offic. jud.* (4. 17.)

(56) L. 4. § 1. 2. D. *eod.*

(57) L. 20. § 9. L. 21. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. § 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(58) L. 4. pr. D. *eod.*

(59) L. 7. pr. D. *eod.*

(60) L. 1. § 7. 10. L. 19. § 4. D. *eod.*

(61) L. 4. § 4. L. 5. L. 7. § 6. 8. 12. D. *eod.*

alcune cose particolari si vogliono provvisoriamente ripartire (62). Al contrario quest'azione non compete a coloro che partecipano ad una cosa altramente che per un dritto reale (63); ma anche qui un possesso che dà dritto all'azione *publiciana* equivale ad un dritto reale dimostrato (64), e non nuoce che un terzo per la *condictio ex causa*, o per qualsivoglia altra cagione possa ripetere la cosa dal possessore (65). Anzi per singolarità anche il creditore pignoratizio di un comproprietario può in luogo di costui intentar *l'actio communi dividundo* (66). Se questa comunione sia fondata su di una società o no, è indifferente; ma quest'azione semplicemente nella *communio incidens* tende anche all'adempimento di quelle obbligazioni tra le parti, di che sopra abbiam fatto menzione (67). Nella divisione il giudice, quando si può e le parti non han convenuto il contrario, dee fare principalmente una divisione reale, altrimenti, se è possibile, metterà la cosa all'incanto fra i condividenti, e solo in caso di necessità procederà all'aggiudicazione (68).

III. Obbligo di presentare.

§ 274. Il principio Romano che nel giudizio di revindicazione le cose mobili dovessero esser portate innanzi al Tribunale (1), rendeva indispensabile un'azione preparatoria per costringere colui, dal quale si rivendicava, a portar la cosa in giudizio, quando egli ricusasse di farlo. Questa è *l'actio ad exhibendum* (2), la quale per tal ragione appartiene anche all'antico dritto civile. Intanto quest'azione non è limitata a siffatta applicazione, anzi sono molto vari e numerosi i casi (3), in cui legalmente può richiedersi un *exhibere* che in senso stretto significa il condurre, o arrecare una cosa mobile o una persona, ma in

(62) L. 34. D. *pro socio* (17. 2.) L. 20. § 4. L. 44. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 31. D. *comm. div.* (10. 3.)

(63) L. 7. § 4. 11. D. *comm. div.* (10. 3.)

(64) L. 7. § 2. D. *eod.*

(65) L. 7. § 3. D. *eod.*

(66) L. 7. § 13. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* (3. 37.)

(67) L. 1. L. 2. pr. D. *eod.* L. 31. L. 32. L. 43. D. *pro socio* (17. 2.)

(68) § 5. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 55 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. § 1. L. 6. § 10. L. 7. § 10. L. 13. L. 19. § 3. L. 21. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (3. 37.)

(1) Caj. IV. 16.; L. 23. § 5. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(2) L. 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 56. D. *de procur.* (3. 3.)

(3) L. 2. L. 9. § 5. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 3. § 8. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 3. § 8. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 22. L. 241. D. *de V. S.* (50. 16.)

senso più ampio significa anche il portar via le medesime.(4) Qui non si può neppure indicare un numero di singoli casi positivamente determinati, ma due generali requisiti sonosi probabilmente stabiliti dall'interpetrazione e dalla pratica, la cui esistenza, ovunque concorrano insieme, produce l'*obligatio ad exhibendum*. Questi requisiti sono 1) un interesse legittimo alla esibizione da parte dell'attore (5), e 2) la possibilità di fatto di presentare *facultas exhibendi* da parte del convenuto (6), al che, se si tratta di dover condurre o arrecare si richiede che il convenuto possegga corporalmente la cosa, non importando se nel tempo stesso la possegga anche giuridicamente o no (7), ovvero che possa per finzione esser ritenuto come possessore (8). L'attore dee provare queste due condizioni. Siccome poi non si può determinar con precisione una regola assoluta per giudicar quale sia un sufficiente interesse legittimo dell'attore, così ciò vien rimesso alla estimazione del giudice (9), il quale nondimeno deve badare che la presentazione non sia domandata per cagioni che possano tornare a biasimo dell'attore, o per semplice indiscrezione o curiosità (10). Una cagione legittima 1) di poter chiedere la presentazione di una cosa si ritiene segnatamente A. allorchè la presentazione è necessaria per lo scopo della rivendicazione (11); B. allorchè per qualche altra azione si richiede la presenza della cosa, alla quale l'azione è diretta (12); C. allorchè si dee fare una scelta tra più cose, che il possessore non vuol presentare (13); D. allorchè il convenuto senza dritto ha preso e portato via le cose dell'attore, quando anche ciò sia avvenuto per errore e

(4) L. 5. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(5) L. 3. § 1-12. L. 7. § 7. L. 13. L. 19. D. *eod.*

(6) L. 5. pr. L. 7. § 3. L. 12. § 1. D. *eod.*

(7) L. 3. § 15. L. 4. L. 5. pr. § 1, 6. L. 7. § 1-7. L. 12. § 1. D. *eod.*

(8) L. 5. § 2. L. 7. § 5. L. 8. L. 9. pr. § 1-4. L. 14. L. 15. D. *eod.* L. 11. § 2. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 15. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 23. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 5. C. *ad exhib.* (3. 42.). I testi veramente parlano soltanto di colui che *dolo possidere desiit*, ma non si scorge niuna ragione perchè non debba valere lo stesso di colui che *liti se obtulit.*

(9) L. 3. § 9. 11. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(10) L. 3. § 11. L. 19. D. *eod.*

(11) L. 38. D. *de judiciis* (5. 1.) L. 1. L. 3. § 3. 4. 10. 14. L. 6. L. 12. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. D. *commod.* (13. 6.) L. 3. § 5. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 1. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(12) L. 1. pr. L. 2. § 1. D. *si ex noxali causa ag.* (2. 9.) L. 3. § 5. 7. 12. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(13) L. 3. § 6. 10. L. 10. L. 12. § 2. D. *eod.* L. 82. § 2. D. *de furtis* (47. 2.)

negligenza (14); E. allorchè il medesimo ricusa di consegnare delle cose, per le quali è cessata ogni ragione di ritenerle ulteriormente (15); F. allorchè le cose dell'attore per accidente son cadute sul fondo del convenuto, presupposto che quegli sia pronto a risarcire il danno, che per avventura avessero arrecato (16); G. in generale allorchè volendo alcuno legittimamente portar via delle cose che si trovano sopra un fondo altrui, il possessore di questo lo ha impedito (17); e H. allorchè l'attore ha il dritto ad un temporaneo possesso della cosa del convenuto (18). 2) Al contrario per portar via le cose *l'actio* ad *exhibendum* ha luogo in ispezialtà allorchè alcuno senza dritto ha portato delle cose sul fondo dell'attore e quivi le ha deposte (19). Per verità le eccezioni son sempre ammesse, nondimeno se esse riguardano solo l'azione, alla cui preparazione l'*actio ad exhibendum* è diretta, allora il giudice, che generalmente dee procedere per via sommaria per quanto è possibile, può rinviarle al giudizio principale (20). Ma sebbene l'*actio ad exhibendum* possa aver luogo contro qualunque possessore, pure essa è un'*actio in personam* (21), ed un' *actio quasi ex contractu*; e quindi se le sue condizioni si son verificate contro un *homo alieni juris*, può esser promossa anche contro il padrone o padre di costui (22), e passa tanto attivamente quanto passivamente agli eredi, per quanto ciò è possibile nelle azioni contro il possessore (23). Nel tempo stesso l'azione è un' *actio arbitraria* (24); e quindi allorchè la cosa non si presenta in quel modo che si trova-

(14) § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 3. § 13. L. 7. § 1. 2. L. 12. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 4. L. 23. § 5. 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 1. D. *de cond furt.* (13. 1.) L. 22. § 1. D. *rer. amot.* (25. 2.) L. 7. § 10. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 1. § 6. D. *de vi* (43. 16) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 1. C. *de nox. act.* (3. 41.) L. 6. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(15) L. 5. pr. § 2. L. 18. D. *eod.* L. 27. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 4. L. 8. L. 9. C. *ad exhib.* (2. 43.) L. 23. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(16) L. 5. § 4. 5. L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 6. L. 7. § 1. 2. L. 9. § 1-3. D. *de damno inf.* (39. 2.) L. 8. D. *de ruina* (47. 9.)

(17) L. 5. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 19. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(18) L. 20. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 2. C. *eod.*

(19) L. 5. § 3. D. *eod.*

(20) L. 3. § 9. 13. L. 12. § 2. D. *eod.*

(21) L. 3. § 3. D. *eod.*

(22) L. 16. L. 12. § 1. D. *eod.* L. 3. § 4. D. *de tab. exhib.* (43. 5.)

(23) L. 5. pr. L. 8. L. 12. § 6. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 3. § 17. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. un. C. *eod.* (8. 7.)

(24) § 31. J. *de action.* (4. 6.)

va al principio della lite, colle sue pertinenze e tutt' altro che appartiene all'attore, questi ha dritto di valutare il suo interesse mediante il giuramento estimatorio (25); salvochè il convenuto non provi che sia cessato l'interesse dell'attore (26), o che la presentazione sia divenuta impossibile per un avvenimento fortuito, che avrebbe colpito anche l'attore (27). Il giudice può in vero dare al convenuto una dilazione, ma soltanto allorchè costui presti cauzione (28). Se la necessità della presentazione siasi verificata senza colpa del convenuto, lo stesso attore dee portar le spese, eccetto allorchè il convenuto maliziosamente abbia dato occasione a qualche spesa particolare (29). Il dritto alla presentazione fu anche ampliato di molto dall' Editto del Pretore per l'introduzione di più interdetti esibitori. Ma la maggior parte di questi, l'*interdictum de liberis exhibendis* (30), l'*interdictum de uxore exhibenda* (31), l'*interdictum de liberto exhibendo* (32), e l'*interdictum de libero homine exhibendo* (33) riguardano soltanto le persone, e non son fondati sopra un'obbligazione *quasi ex contractu*. Al contrario l'interdetto *de tabulis exhibendis* che si riferisce alle disposizioni di ultima volontà di un morto (34), o che sieno valide, o no (35), ha il medesimo fondamento che *l' actio ad exhibendum*, colla sola differenza che qui è sufficiente un interesse, che in generale non basterebbe per l'*actio ad exhibendum*, la qual cosa appunto die' occasione all' introduzione dell' interdetto (36). Cioè perchè ciascuno può aver parte in una disposizione di ultima volontà, e perchè que-

(25) § 3. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 3. § 2. L. 5. § 2. L. 7. § 4. 6. 7. L. 9. § 5-8. L. 10. L. 11. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 5. pr. L. 10. D. *de in litem jur.* (12. 3.) L. 4. C. *ad exhib.* (3. 42.)

(26) L. 7. § 7. D. *eod.*

(27) L. 7. § 5. 6. L. 10. L. 11. § 2. L. 12. § 4. D. *eod.*

(28) § 3. J. *de offic. jud.* (4. 17.) L. 5. § 6. L. 12. § 5. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(29) L. 11. § 1. D. *eod.* L. 19. § 5. D. *locati* (19. 2.)

(30) V. § 95.

(31) V. § 108.

(32) V. § 131.

(33) V. § 291.

(34) L. 1. pr. § 10. L. 3. § 5. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 2. § 4. D. *testam. quemadm. ap.* (29. 3.)

(35) L. 1. § 2-9. D. *de tab. exhib.* (43. 5.) L. 2. § 1-3. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.)

(36) Come prima quest' interdetto fu introdotto potè sorgere la quistione se ogni interesse che dava luogo a quest' interdetto precisamente per questo fosse anche un interesse legittimo, come l' *actio ad exhibendum* richiede, dal che si spiega la L. 3. § 8. D. *ad exhib.* (10. 4.)

sta si reputa comune a tutti coloro che vi han parte (37), così nell'Editto fu parimente permesso a ciascuno di chiedere di osservare il testamento eccetto la data, e di farne delle copie (38), ed a questo scopo a chiunque desidera (39) di osservarlo è dato un interdetto contro colui che corporalmente possiede la disposizione di ultima volontà (40), o che l'ha data ad altri in custodia (41), o che maliziosamente ne ha abbandonato il possesso (42). Del pari che l'*actio ad exhibendum* l'interdetto è *perpetuum* (43), passa agli eredi (44), e può anche dirigersi contro il padrone o padre del possessore (45). E parimente le prestazioni e le conseguenze, quando la presentazione non si faccia, sono qui perfettamente le stesse che in quell'azione (46). Del rimanente sebbene in niun luogo si dica che l'attore debba provare o almeno rendere verisimile il suo speciale interesse di osservare le disposizioni di ultima volontà, pure ciò s'intende da se, mentre il possessore altrimenti sarebbe esposto a molestie e ad indiscretezze insoffribili. È da notare che mentre pende una lite sull' eredità, o una disamina in cui appunto si tratta di una disposizione di ultima volontà, le parti non possono dai terzi esser costretti a presentarla, ma solo il documento sopra semplice richiesta dovrà venire sequestrato (47).

IV. *Condictiones ex causa* :

1) Principii generali.

§ 275. La natura della causa dell' acquisto *causa acquirendi* è per molti acquisti il fondamento di un' obbligazione legale di restituire l'acquistato, sebbene alcuno effettivamente siane divenuto proprietario, e le azioni che a ciò tendono, e che hanno origine fin dal dritto civile an-

(37) L. 2. pr. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.)
(38) L. 1. pr. § 1. 6. D. *eod.* L. 3. C. *eod.* (6. 32.)
(39) L. 2. § 3. 8. D. *eod.* L. 1. pr. L. 3. § 8-10. D. *de tab. exhib.* (43.5.)
(40) L. 1. pr. § 1. L. 3. § 3. D. *eod.*
(41) L. 3. § 2. D. *eod.*
(42) L. 1. pr. § 11. L. 2. L. 3. pr. § 6. L. 4. D. *eod.*
(43) L. 3. § 16. D. *eod.*
(44) L. 3. § 17. D. *eod.* L. un. C. *eod.* (8. 7.)
(45) L. 3. § 4. D. *eod.*
(46) L. 1. § 1. L. 3. § 11-15. D. *eod.* L. 5. pr. D. *de in litem jur.* (12. 3.)
(47) L. 5. D. *de tab. exhib.* (43. 5.). Non si oppongono L. 1. § 1. D. *test. quemadm. ap.* (29. 3.) L. 6. D. *de transact.* (2. 15.), nelle quali è attribuito il dritto alizione soltanto a coloro che disputano intorno all' eredità.

tico son dette *condictiones ex causa*, le quali, come il nome stesso fa manifesto, appartengono alle *actiones stricti juris*. Ma i molti casi che quì si prendono in considerazione si possono ridurre a più classi e specie, e però le *condictiones ex causa* hanno non pure una diversa denominazione, ma in parte eziandio una teorica alquanto diversa. Chiamansi la *condictio ob causam datorum*, la c. *ob turpem causam*, la c. *sine causa*, la c. *ob injustam causam*, e la c. *indebiti*, delle quali le due ultime son da riguardarsi soltanto come speciali applicazioni della *condictio sine causa*. Tutte presuppongono che l' attore non sia più proprietario della cosa che si richiede (1), e si fondano sopra una *obligatio quasi ex contractu* (2), giacchè esse non risultano nè da una convenzione, nè da una violazione di dritto (3). Passano eziandio attivamente e passivamente agli eredi o ad altri successori universali (4), e possono intentarsi contro il padre o padrone del debitore nella stessa misura che le azioni de' contratti (5). Come azioni civili sono tutte *actiones perpetuae* (6), e come *actiones stricti juris* tendono solo alla restituzione dell' acquisto colle pertinenze ed accessioni (7), unitamente al rimborso per la perdita e pei deterioramenti delle cose, in quanto il convenuto ne abbia la colpa (8), ed il danno possa valutarsi senza il *juramentum in litem* (9). L' attore quì non può domandare interessi moratorii, nè in generale il compenso di qualche altro ulteriore interesse (10). Nondimeno il convenuto deve restituire i frutti raccolti e i

(1) L. 12. D. *usufruct. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 53. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(2) Veramente ciò non è espressamente indicato che per la sola *condictio indebiti* nel § 7. *J. de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.). Confr. nondimeno L. 65. § 4. L. 66. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(3) Per tanto anche le *obligationes quasi ex maleficio* presuppongono sempre un fatto dannoso e che viola i dritti.

(4) L. 12. L. 26. § 11. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. C. *eod.* (4. 5.) L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.) L. 1. L. 3. C. *de aleator.* (3. 43.) L. 15. L. 16. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(5) L. 4. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 3. C. *eod.* (3. 43.)

(6) Qui non viene in niuna parte indicato un termine speciale per la prescrizione.

(7) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 15. pr. L. 65. § 5. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(8) L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 7. L. 26. § 12. L. 65. § 6-8. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. § 1. L. 17. § 2. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.)

(9) L. 5. pr. § 4. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(10) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

prodotti (11), ma dall'altro lato gli si debbono rimborsare le spese necessarie ed utili fatte per le cose restituite (12). Pel caso fortuito il convenuto regolarmente non è responsabile che quando si trovi in mora (13). Del resto queste *condictiones*, egualmente che le altre, possono essere tanto *condictiones certi*, quanto *condictiones incerti* s. *Triticariae*, secondochè si tratta della restituzione di una determinata somma di danaro, o di un altro oggetto (14).

2) *Singole condictiones ex causa.*

A. *condictio ob turpem causam* e *c. ob causam datorum.*

§ 276. Due delle *condictiones ex causa* presuppongono essenzialmente un *dare*, nel qual rapporto nondimeno la remissione di un credito si ritiene anche come un dare (1). Un siffatto dare può avere una causa immorale e turpe *causa turpis*, ovvero una causa onesta *causa honesta* (2).

1.° Al dare della prima specie si riferisce la *condictio ob turpem causam*, nella quale sono anche da distinguere tre casi, 1) se la turpitudine del dare riguarda soltanto colui che ha dato, allora cessa il dritto di ripetere ciò che s'è dato (3). Il medesimo 2) ha luogo nel caso più comune, allorchè il dare è ignominioso così per chi dà come per chi riceve (4), sebbene qui in alcune circostanze si dià luogo alla confisca di ciò che s'è dato (5). Per contrario 3) allorchè la causa del dare è semplicemente ignominiosa pel ricevente, la *condictio* è ben fon-

(11) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 38. § 1-3. D. *de usur.* (22. 1)

(12) L. 5. pr. § 2. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 26. § 12. L. 65. § 5. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(13) L. 3. § 3. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 17. § 4. L. 20. § 2. L. 24. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 32. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Sopra un'eccezione veggasi L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (15. 5.) L. 1. § 1. D. *de aestimat.* (19. 3.)

(14) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2 § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.) L. 3. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 1. D. *de cond. tritic.* (13. 3.) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 9. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(1) L. 25. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. L. 10. D. *de cond. ob caus. dat.* (12. 4.)

(2) L. 1. pr. D. *eod.* L. 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.)

(3) L. 4. § 3. D. *eod.*

(4) L. 2. § 2. L. 3. L. 4. pr. § 1. L. 8. D. *eod.* L. 2. L. 5. C. *eod.* (4. 7.)

(5) Nov. 124. c. 2. Auth. *Novo jure* C. *eod.*

data, e però colui che ha dato può ripetere le cose date (6). Per riguardo a questa ripetizione valgono le regole generali sulle *condictiones ex causa*, il che anche per rapporto alla responsabilità pel caso fortuito non patisce veruna eccezione (7).

2.° Ma anche quel che si è dato *ex causa honesta* può non di rado esser ridomandato, ed a ciò tende la *condictio ob causam datorum* s. *condictio causa data, causa non secuta* (8). Essa riguarda il *datum ob rem* s. *ob causam futuram*, cioè quando si è data qualche cosa per uno scopo futuro, nel qual caso, finchè questo scopo non si è adempiuto, *dum causa dandi secuta non est*, colui che ha dato ha la facoltà di ripetere con questa azione le cose date (9), presupposto però che la causa del dare non sia fondata sopra alcuno degli antichi contratti, per la qual ragione eziandio una precedente stipulazione esclude la *condictio* (10), essendochè la sua prima origine sta appunto in connessione con ciò, che l'antico dritto civile *ex pacto nudo* da una parte non riconosceva l'azione per costringere all'adempimento, ma dall'altra non riconosceva neppure alcuna *soluti retentio*. Il caso più comune del *datum ob rem* è quando si dà qualche cosa a cagione di una futura prestazione del ricevente, che questi ha promessa mediante un semplice patto, nel qual caso la *condictio* nell'epoca Imperiale concorre elettivamente coll' *actio praescriptis verbis* (11). Intanto lo scopo

(6) L. 1. § 2. L. 2. pr. § 1. L. 4. § 2. 4. L. 5. L. 9. pr. § 1. D. *eod.* L. 3. § 3. L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *de calumniator.* (3. 6.) L. 3. L. 4. L. 6. L. 7. C. *de cond. ob turp. caus.* (4. 7.)

(7) Non si oppone la L. 7. C. *eod.*

(8) L. 1. pr. D. *de cond. ob caus. dat.* (12. 4.) L. 1. § 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (4. 5.). *Waechter* doctr. de cond. causa data causa non secuta. Tubingae 1822. 8.

(9) L. 1. pr. L. 3. pr. § 1-3. L. 4. L. 5. L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 1. pr. § 1. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 23. § 3. L. 52. L. 65. § 3. 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. L. 17. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(10) L. 65. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 4. L. 7. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 12. C. *de contr. empt.* (4. 38.) L. 5. C. *de O. et A.* (4. 10.) L. 3. C. *de donat. quae sub modo* (8. 55.)

(11) L. 3. § 2. 3. L. 5. L. 11. L. 14. L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 52. L. 65. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 1. § 4. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. L. 7. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 2. L. 4. L. 5. L. 9 L. 10. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.). Quando *Meno-Pohls* dei contratti innominati Heidelb. 1821. p. 86. seg. fa notare che la *condictio ob causam datorum* in questa applicazione sta in contradizione con la regola che anche il *pactum nudum* produca la *exceptio pacti* nello scopo della *soluti retentio*, ciò è perfettamente esatto. Ma siccome si è notato nel § 218. questa regola

del dare può essere anche tale che non dia luogo all' *actio praescriptis verbis*, ma soltanto alla *condictio* (12). Anche qui sono parimenti applicabili i principii generali sulle *condictiones*, per rispetto tanto alle prestazioni (13), quanto alla trasmissione agli eredi (14), ed anche qui per regola il convenuto non è responsabile per l' avvenimento fortuito, che ha colpito le cose date (15), salvo allorchè si trovi in mora di restituire, o di fare la prestazione promessa (16). Ma vi ha tuttavia una differenza essenziale, se 1) la ripetizione abbia luogo, perchè il convenuto trascuri la prestazione promessa, o perchè lo scopo del dare per sua colpa sia interamente svanito, ovvero se 2) colui che ha dato per un arbitrario pentimento *ex mera poenitentia* si ritiri indietro, il che egli in tutt' i casi può sempre fare, finchè lo scopo non è adempiuto, e non già nel solo caso che siasi dato uno schiavo per lo scopo della manomissione del medesimo (17). Nel caso di un semplice penti-

non apparteneva di già al dritto civile antico, dal quale la *condictio* ebbe origine. La *condictio* è più antica, e si conservò non ostante l' ammissione di quella regola, giacchè, quando quella regola fu introdotta non eravi ancora alcuna *actio praescriptis verbis*, e per conseguenza colui che avea dato, se non si fosse conservata la *condictio*, avrebbe dovuto patire un danno.

(12) L. 1. § 1. L. 2. L. 6. L. 7. L. 8. L. 9. pr. L. 10. L. 12. L. 13. L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 65. § 3. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 38. § 1. D. *de usuris* (22. 1.) L. 35. § 3. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) L. 1. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.)

(13) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 38. § 1-3. D. *de usur.* (22. 1.) L. 15. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. pr. D. *commod.* (13. 6.) L. 5. § 1. L. 17. § 2. 5. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(14) L. 3. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.) L. 4. C. *de rer. perm.* (4. 64.) L. 3. C. *de don. quae sub modo* (8. 55.)

(15) Un' eccezione speciale trovasi nel *pactum aestimatorium* L. 1. § 1. D. *de aestimator.* (19. 3.) L. 17. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(16) L. 3. § 3. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 17. § 4. L. 20. § 2. L. 21. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(17) L. 3. § 2. 3. L. 5. pr. § 1. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 27. § 1. D. *mand.* (17. 1.) L. 5. § 2. L. 7. D. *praescr. verb.* (19. 5.). Di altra opinione è *Gans* Dritto di obbligazione p. 206. seg. Il dritto del pentimento era al certo di antichissima origine, e dee riguardarsi propriamente come una emanazione e residuo di ciò, che l' antico dritto civile non riconosceva alcuna *soluti retentio ex pacto nudo*. Il mutamento di volontà di cui parla la costituzione di Marco Aurelio, la quale disponeva che uno schiavo venduto *sub lege manumissionis* dovesse divenir libero *ipso jure*, quando il *modus* non si fosse osservato, avea un altro rapporto, cioè che quando il venditore avesse mutato la sua volontà, lo schiavo non divenisse più libero *ipso jure*, sebbene non ne restasse pregiudicato il suo dritto alla manomissione L. 3. D. *de serv. export.* (18. 7.) L. 1. L. 3. L.

mento, il quale sempre si suppone, quando si richiede ciò che si è dato prima del tempo in cui lo scopo del dare si dovea verificare (18), l' attore dee prestare al convenuto l' interesse che questi avea che lo scopo fosse conseguito, e segnatamente rimborsargli le spese fatte a questo fine, mentre nel caso della ripetizione perchè il ricevente sia in mora, o abbia fatto svanire lo scopo non è nulla da compensare a questo riguardo (19). Dopo che la *causa dandi* si è verificata, cessa interamente la *condictio* (20), ed ancora si reputa come verificata la causa del dare, allorchè essa è divenuta impossibile per un avvenimento fortuito *che non colpisca semplicemente la persona del ricevente* (21, il che veramente alcuni Giureconsulti Romani non ammettevano (22), ma di poi fu stabilito da una decisione di Diocleziano (23). Se lo scopo del dare consiste semplicemente in ciò, che si tralasci qualche cosa, esso naturalmente si dee riguardare come immediatamente conseguito; nondimeno la *condictio* in tal caso diviene ammissibile, allorchè il ricevente agisca di poi in opposizione allo scopo (24). Nella *donatio sub modo* la cosa donata può ripetersi solo quando non si è osservato il *modus*, e però è interamente escluso un arbitrario *jus poenitendi* (25), e parimente nella transazione non è ammessa la *condictio* se non quando l' altro contraente rompe la transazione (26).

6. L. 9. D. *qui sine man* (40. 8.) L. 38. § 1. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 2. L. 3. L. 6. C. *si manc. ita fuerit alien.* (4. 57.). Attualmente per verità si può in regola rigettare il dritto del pentimento quando vi può esser luogo all' actio praescriptis verbis, imperocchè il *pactum* ora è eguagliato alla stipulazione. Nondimeno si debbono eccettuare ancora quei casi, nei quali chi riceve si obbliga propriamente a vantaggio di chi dà, come nella L. 5. pr.§ 1. D. *de cond. causa data* (12.4.) L 10. § 1. D. *commod.* (13.6.) L. 22. D. *praescr. verb.* (19. 5.); e quando può aver luogo soltanto la *condictio*, e non l' *actio praescriptis verbis* non vi è alcuna ragione di non ammettere più il dritto del pentimento.

(18) L. 5. § 2. D. *eod.* L. 3. § 3. L. 5. pr. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(19) L. 5. pr. § 2. D. *eod.*

(20) L. 1. pr. D. *eod.*

(21) L. 3. § 3. L. 5. pr. § 2. 3. 4. D. *eod.* L. 5. § 1. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 5. L. 10. C. *de cond. ob caus. dat.* (4. 6.)

(22) L. 16. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 2. § 7. D. *de donat.* (39. 5.)

(23) L. 5. L. 10. C. *de cond. ob. caus. dat.* (4. 6.)

(24) L. 3. C. *eod.* L. 3. pr. § 1. L. 8. D. *eod.*

(25) L. 2. L. 3. L. 6. L. 8. C. *eod.* L. 1. L. 3. C. *de don. quae sub. modo* (8. 55.) L. 10. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(26) L. 23. § 3. L. 65. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

B. *Condictio sine causa.*

a) In generale.

§ 277. Tra le *condictiones ex causa* quella che ha la più estesa applicazione è la *condictio sine causa*, ed è fondata sul principio che niuno senza una legittima ragione si debba arricchire col danno altrui (1), e per conseguenza, fatta astrazione da parecchie positive eccezioni e limitazioni, può intentarsi ogni volta che A. alcuno abbia acquistato qualche cosa senza una legittima ragione, *sine justa causa*, tanto se in generale niuna siffatta ragione sia esistita, quanto se la ragione che esisteva al tempo dell' acquisto sia già nuovamente cessata, *causa finita* (2); ovvero ogni volta che B. negli acquisti, i quali sono fondati sulla sola esistenza di certi rapporti, questi rapporti son cessati, cosicchè venga di poi a mancare una legittima ragione per l'ulteriore conservazione dell' acquisto, *si res rediit ad non justam causam* (3).

1.° I casi della prima specie sono particolarmente: 1) allorchè un acquisto si fonda sopra un atto giuridico nullo, o perchè siavi intervenuto un errore sostanziale (4), o perchè vi manchino i necessarii requisiti (5), o perchè sia stato specialmente riprovato dalla legge (6), nel qual ultimo caso la *condictio* appellasi in preferenza *condictio ob injustam causam* (7), ma presuppone che l' affare non contenga un dare

(1) L. 206. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 6. § 2. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 14. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 22. § 8. D. *de transact.* (2. 15.) *W. Sell* Saggi parte I. Giess. 1833. n. 1.

(2) L. 1. § 2. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(3) L. 1. § 3. L. 2. D. *eod.* L. 58. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.)

(4) L. 12. L. 18. L. 32. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 22. § 9. D. *mandati* (14. 1.) Non si oppone L. 36. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(5) L. 24. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. D. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 11. § 2. L. 12. L. 13. pr. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 22. § 8. D. *de transact.* (2. 15.) L. 4. C. *de cond. ex lege et sine causa* (4. 9.) L. 7. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(6) L. 5. § 18. L. 6. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 4. D. *de aleator.* (11. 5.) L. 1. L. 3. C. *eod.* (3. 43.) L. 18. C. *de usur.* (4. 31.) L. 26. D. *de cond. ind.* (12. 6.); Paul. II. 14. § 2. 4.; Fragm. Vat. § 266.; L. 21. § 1. D. *de donat.* (39. 5.) L. 34. § 2. L. 35. § 3. C. *eod.* (8. 54.)

(7) L. 5. § 18. L. 6. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 6. D. *de cond. ob turp. vel injust. caus.* (12. 5.) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

ignominioso per colui che ha dato (8), e che non siasi fatta la prestazione con la evidente intenzione di riconoscere l'affare, non ostante la sua invalidità (9); 2) allorchè un affare da principio valido, ma di poi già estinto per l'adempimento o per altra guisa invalidato è divenuto la causa di un acquisto (10); 3) allorchè uno incapace di disporre ha dato via qualche cosa, senza che importi il vedere se ciò abbia fatto per giuste ragioni o no (11); 4) allorchè per errore si è data alcuna cosa per uno scopo non fondato, o per una non fondata occasione (12); 5) allorchè il possessore di cose altrui le ha indebitamente consumate (13); 6) allorchè alcuno per una indebita alienazione di cose altrui si è arricchito, ma solo in quanto le cose non si possano più rivendicare (14); 7) allorchè l'acquisto è fondato sulla specificazione di cose altrui fatta di propria autorità, nel qual caso per altro è applicabile anche l'*actio ad exhibendum* (15), e nel caso della *mala fides* sono ammissibili anche le azioni di furto (16); da ultimo 8) allorchè alcuno per accessione ha acquistato delle cose altrui, nel qual caso vale il medesimo, nella presupposizione che l'unione provenga da lui (17), giacchè altrimenti non ha luogo contro di lui alcun'azione pel rimborso (18),

(8) L. 8. D. *de cond. ob turp. caus.* (13. 5.)

(9) L. 1. L. 26. pr. § 1. 2. L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.); Paul. II. 14. § 2. 4.

(10) L. 1. § 1. 2. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 54. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(11) § 2. J. *quib. alien. licet vel non* (2. 8.) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 11. § 2. L. 12. D. *de reb. cred.* (12. 1.)

(12) L. 5. D. *de cond. sine causa* (12. 7.) L. 34. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 3. § 5-8. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 22. § 9. D. *mandati* (17. 1.). Soltanto bisogna che non vi sia stato l'*animus donandi* L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(13) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 30. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. C. *de cond. ex lege* (4. 9.) L. 55. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 4. § 2. D. *fin. reg.* (10. 1.)

(14) L. 49. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 23. D. *de reb. cred.* (12. 1.). Intanto qui la restrizione soltanto nel caso della *bona fides* è importante; imperocchè nel caso della *mala fides* può promuoversi la *condictio furtiva*, nella quale cessa la restrizione; veggasi il § 285.

(15) L. 12. § 3. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(16) Caj. II. 79.; L. 14. § 3. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 53. § 14. D. *de furtis* (47. 2.)

(17) Caj. II. 78.; § 26. 27. 33. 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 2. 5-7. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 7. § 10. 11. 13. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.)

(18) L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 14. § 1. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 33. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.) *Guyet* tratt. della sfera del dritto civile n. 10.

ma colui che ne soffre danno, se è nel possesso delle cose unite, e nel tempo stesso è di buona fede può soltanto difendersi con la *exceptio doli*, finchè gli sieno rimborsate le sue cose e le sue spese che si debbono riguardare come spese utili (19).

2.° Per contrario i casi in cui la conservazione di un acquisto viene posteriormente a mancare di causa sono: 1) allorchè si verifica una condizione risolutiva, o un termine finale aggiunto all' acquisto (20), al che per le donazioni fra gli sposi, secondo la disposizione di Costantino si riferisce anche il caso che la promessa di nozze in qualsivoglia guisa si sciolga (21); 2) allorchè il detentore rimborsi al proprietario il valore delle cose perdute, e questi posteriormente le ricuperi a titolo gratuito (22), 3) allorchè non si verifichi o si estingua un rapporto giuridico, dopo che anticipatamente fu per suo riguardo prestata qualche cosa (23). Oltre a ciò quando una delle altre *condictiones ex causa* può aver luogo, in vece di essa può anche farsi uso della *condictio sine causa* (24); per la qual ragione questa si divide nella *condictio sine causa specialis et generalis*. È indifferente in che consista l' oggetto dell' acquisto; la *condictio* tende anche alla liberazione dalle promesse senza causa, come pure alla restituzione delle scritture di obbligo che ad esse si riferiscono (25). Sulle prestazioni non si trova nulla di speciale, e per conseguenza si applicano le regole generali per le *condictiones ex causa*.

b) *Condictio indebiti.*

§ 278. Una teoria della *condictio sine causa* in più punti modificata si è formata pel caso che alcuno per errore abbia prestato qualche cosa che non dovea, ed allora chiamasi *condictio indebiti* (1). Non im-

(19) Caj. II. 76. 77. 78.; § 30. 32. 34. J. *de rer. div.* (2. 1.) L. 23. § 3. 4. L. 48. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 45. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. § 12. L. 9. pr. § 1. 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 14. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(20) L. 4. § 1. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 2. C. *de cond. ex lege* (4. 9.)

(21) L. 15. L. 16. pr. C. *de don. ante nupt.* (5. 3.)

(22) L. 2. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(23) L. 11. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 3. § 5. D. *de collat.* (37. 6.) L. 13. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(24) L. 1. pr. § 1. L. 4. D. *de cond. sine causa* (12. 7.)

(25) L. 3. D. *eod.* L. 4. C. *de cond. ex lege* (4. 9.) L. 7. L. 14. § 4. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

(1) Caj. III. 91.; § 1. J. *quib. mod. re* (3. 14.) § 6. 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (44. 7.)

porta di quale specie sia la prestazione, ma tutto ciò che può essere oggetto di un' obbligazione può anche servir di appoggio alla *condictio indebiti* (2). È nondimeno essenziale 1) che alcuno abbia fatta la prestazione nella erronea opinione di essere a ciò obbligato (3). Imperocchè chi scientemente presta ciò che non deve, vien riguardato come se per una simulazione di estinzione di debito, o per un riconoscimento di un debito invalido abbia voluto donare (4). Intanto, secondo una decisione di Giustiniano, il dubbio sulla esistenza di un debito equivale all' errore (5), e in generale non si fa distinzione se l' errore è di dritto o di fatto (6), quantunque ci abbia alcuni casi, nei quali l' errore di dritto qui non viene considerato (7). Dal requisito predetto 2) segue spontaneamente, che il supposto debito che si è pagato debba essere inesistente. Se un debito esistesse anche come una semplice *obligatio naturalis*, allora non si darebbe luogo alla *condictio* pel motivo che il debitore si fosse reputato civilmente obbligato (8); per la qual ragione cessa parimente la *condictio* quando una eccezione perentoria che il debitore ha ottenuta, lascia sussister tuttavia la *naturalis obligatio* (9). Nondimeno nelle ordinarie *obligationes inefficaces* si può usare della *condictio*, allorchè il debitore non abbia conosciuto

(2) L. 21. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 23. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 12. L. 15. § 1. 2. L. 22. § 1. L. 24. L. 31. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 2. L. 3. C. *eod.* (4. 5.)

(3) L. 1. § 1. L. 7. L. 24. L. 26. § 8. L. 28. L. 50. L. 54. D. *eod.*

(4) L. 53. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 7. § 2. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 12. D. *de novat.* (46. 2.) L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 9. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(5) L. 11. C. *eod.* Confr. L. 2. pr. L. 56. pr. D. *eod.*

(6) L. 1. § 1. L. 38. pr. L. 54. L. 66. D. *eod.* L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 37. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 16. § 14. D. *de publican.* (39. 4.); *Muhlenbruch* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 35. § 8.; *Claussen* nel giornale di giurisprudenza Kiel 1844. p. 164. seg.

(7) V. Nota 45. e 46. Ad un caso di eccezione di tal fatta si dovè riferire il Rescritto di Costantino nella L. 10. C. *de jur. et facti ignor.* (1. 18.) « Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignoratiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est ».

(8) Theoph. III. 20. § 1.; L. 3. § 7. D. *quod quisque jur.* (2. 2.) L. 13. L. 14. L. 38. L. 60. L. 64. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 10. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 16. § 4. L. 21. § 2. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 95. § 4. D. *de solut.* (46. 3.) L. 26. § 12. L. 32. § 2. L. 65. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 2. D. *de don. inter. V. et U.* (24 1.) L. 1. § 2. D. *de tut. act.* (27. 3.) L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(9) L. 14. D. *de reb. cred.* (12. 1) L. 8. L. 9. L. 11. L. 19. pr. L. 40. pr. L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 7. § 16. L. 9. pr. § 4. 5. L. 10. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 60. D. *de fidejuss.* (46. 1.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)

l'eccezione che gli competeva (10), ed il suo errore per tal rapporto sia un errore di fatto (11). Le obbligazioni invalide, o di già estinte naturalmente si hanno a riguardare come inesistenti (12); ed a queste si riferisce eziandio il caso che alcuno creda di esser debitore di ciò che un altro deve, ed in questa opinione adempia (13), ovvero il caso che un effettivo debitore per errore paghi a chi non avea il dritto di esigere, o presti una cosa non dovuta, o più di quel che dovea (14), ovvero il caso che in una obbligazione alternativa sia prestato più di un oggetto (15), ovvero il caso che in un rapporto correale la prestazione, che si dovrebbe fare una sola volta, siasi fatta a più persone o da più persone (16), ovvero il caso che alcuno creda senza condizione un debito condizionale (17). Per regola la *condictio indebiti* appartiene a colui dal quale la prestazione proviene, ed a' suoi eredi (18). Ma se egli ha voluto pagare il supposto debito di un altro per conto di costui, allora non può agire se non quando quest' ultimo non approvi la gestione del negozio, giacchè altrimente il dritto dell'azione passa a colui, per conto del quale si è pagato (19). Se si sieno pagati dei legati, mentre di poi si trova che il testamento è invalido, allora non già il creduto erede che ha pagato, ma solo il vero erede ha dritto alla *condictio* (20). Da ultimo se più persone han pagato il medesimo debito, la *condictio* spetta solo a colui che è stato l'ultimo a pagare, se ciò è noto (21), altrimenti ciascuno può ripetere

(10) L. 1. § 1. L. 24. L. 26. § 3. 7. L. 50. L. 51. L. 56. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 40. L. 42 pr. D. *de jurejur.*(12. 2.) L. 34. § 11. D. *de solut.* (46. 3.) L. 5. C. *de pact.* (2. 3.) L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (4. 29.)

(11) V. Nota 46.

(12) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. L. 23. pr. § 1. 2. L. 25. L. 26. pr. L. 37. L. 41. L. 54. L. 67. § 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 25. § 2. D. *de probat.* (22. 3.)

(13) L. 19. § 1. L. 65. § 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 31. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(14) L. 19. § 3. L. 22. pr. L. 32. § 3. L. 26. § 4-6. L. 31. L. 39. L. 55. L. 65. § 9. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 25. § 2. D. *de probat.* (22. 3.). Una insignificante eccezione pei legati si contiene nella L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

(15) L. 10. C. *de cond ind.* (4. 5.) L. 26. § 13. L. 32. pr. D. *eod.*

(16) L. 19. § 4. L. 20. L. 25. D. *eod.* L. 58. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(17) L. 16. pr. § 1. L. 48. L. 60. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Ciò non ha applicazione nel pagamento fatto prima che sia venuto il *dies solutionis* o che si sia verificata una *conditio necessaria* L. 10. L. 17. L. 18. D. *eod.*

(18) L. 12. L. 53. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. C. *eod.*

(19) L. 6. pr. § 3. L. 53. L. 57. pr. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* Ma naturalmente colui che ratifica può esser convenuto con l' *actio negotiorum gestorum.*

(20) L. 3-5. D. *eod.*

(21) L. 25. L. 59. L. 67. § 1. 2. D. *eod.*

una porzione virile, eccetto quando abbiano prestato oggetti diversi, nel qual caso il creditore ha la facoltà di scegliere quali oggetti voglia restituire (22). Il convenuto è in prima colui che ha ricevuto (23), il quale, se conosceva che la prestazione era un *indebitum*, può esser convenuto eziandio come ladro (24), ed il suo erede (25). Nondimeno se al ricevente siasi fatta la prestazione per conto di un altro, e questi approvi la ricevuta della prestazione, allora colui che ha pagato si può rivolgere anche contro costui (26), e se alcuno per errore abbia pagato il debito di un altro, allora non può dirigere la sua *condictio* contro il creditore, che ha ricevuto il pagamento, ma solo contro il debitore, che n'è rimasto liberato (27). Parimente chi indebitamente si è obbligato, ed è stato delegato può agire solamente contro il delegante e non già contro il delegatario (28). Lo scopo generale della *condictio indebiti* è la restituzione di ciò che si è prestato, o del valore, secondo le ordinarie regole intorno alle *condictiones ex causa* (29). Ma secondo la differenza della prestazione anche l'oggetto dell'azione soffre parecchie modificazioni. Se un debito è stato indebitamente rimesso, l'azione tende al ristabilimento del medesimo, e se alcuno si è indebitamente obbligato, nel qual caso per altro compete anche *l'exceptio doli*, essa tende alla liberazione ed alla restituzione della scrittura che forse si è distesa (30). Sul dritto di scelta, allorchè le cose che si doveano dare alternativamente, sono state date tutte, le opinioni dei Romani Giureconsulti eran divise; nondimeno Giustiniano ha riconosciuto questo dritto in colui che ha

(22) L. 19. § 4. L. 20. L. 21. D. *eod.*

(23) L. 49. D. *eod.* L. 8. C *eod.*

(24) L. 18. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(25) L. 26. § 11. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(26) L. 6. § 1. 2. L. 57. § 1. D. *eod.* L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.) L. 59. D. *de solut.* (46. 3.)

(27) L. 44. L. 47. D. *de cond. ind.* (12. 6.). Non contradice la L. 2. § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.)

(28) L. 12. L. 13. L. 19. L. 33. D. *de novat.* (46. 2.) L. 7. pr. § 1. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 41. pr. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 78. § 5. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 26. § 12. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 2. C. *eod.*

(29) L. 7. L. 15. pr. L. 19. § 2. L. 26. § 12. L. 65. § 5-8. D. *eod.* L. 25. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 38. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de cond. ind.* (4. 5.)

(30) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 31. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. ult. D. *ad Sct. Maced.* (14. 6.) L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 5. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 2. § 3. 4. D. *de donat.* (39. 5.) L. 3. C. *de cond. ind.* (4. 5.) L. 7. C. *de non num. pec.* (4. 30.)

dato (31). Ma se tutte le cose per un avvenimento fortuito son perite o almeno non n'è rimasta che una, allora non si può nulla richiedere indietro (32). Per rispetto al carico della pruova si vuol distinguere; 1) se il convenuto nega di aver ricevuto la prestazione, e questa vien dimostrata, allora per pena deve egli fare la pruova dell'esistenza effettiva del debito (33), ma al contrario allorchè si concede di aver ricevuto, l'attore dee dimostrare che egli non dovea nulla ma pagò solo per errore; questa pruova però si può fare anche mediante il deferimento del giuramento (34). 2) Si fa eccezione da questa regola A. allorchè si ripete colla *condictio* una scrittura che si pretende di avere indebitamente rilasciata, nel qual caso il possessore dee sempre dimostrare il suo credito, finchè la querela non *numeratae pecuniae* non sia prescritta (35); e B. allorchè l'attore è un minore, o una donna, o un soldato, o un semplice contadino, nel qual caso del pari la pruova del debito è a carico del convenuto (36), eccetto solo quando un attore di tal fatta pretende semplicemente di aver pagato più che non dovea, o due volte lo stesso debito, il che anche a quelle persone privilegiate non vien creduto (37). 3) Il convenuto dee sempre provare (38) l'eccezione che l'indebito sia stato pagato scientemente (39), ma questa eccezione in generale è inammisibile contro le persone incapaci di disporre (40). La *condictio indebiti* è spezialmente esclusa allorchè si è pagato 1) dopo giurato il credito (41), o 2) in seguito di una transazione conchiusa (42), e perciò anche 3) in tutt'i casi, in cui la negazione del debito trae con se la conseguenza di dover pagare il doppio, imperocchè qui nel volontario pagamento del semplice si contiene una specie di transazione (43); e di più 4) allorchè si

(31) L. 10. C. *de cond. ind.* (4. 5.) Confr. con L. 26. § 13. D. *eod.*
(32) L. 32. pr. D. *eod.*
(33) L. 25. pr. D. *de probat.* (22. 3.)
(34) L. 25. pr. § 3. D. *eod.*
(35) L. 25. § 4. D. *eod.*
(36) L. 25. § 1. D. *eod.*
(37) L. 25. § 2. D. *eod.*
(38) V. Nota 4.
(39) Perchè le donazioni non si presumeno § 266. Nota 33.
(40) L. 29. D. *de cond. ind.* (12. 6.)
(41) § 11. J. *de act.* (4. 6.)
(42) L. 65. § 1. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 23. C. *de transact.* (2. 4.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(43) § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 4. C. *de cond. ind.* (4. 5.) Confr. L. 23. § 4. D. *eod.*

tratta del pagamento di una pena (44); 5) allorchè dei legati invalidi sono stati soddisfatti per errore di dritto, e ciò per effetto di Rescritti di Antonino Pio ed altri Imperadori (45); e 6) allorchè un debitore per errore di dritto abbia ignorato l'eccezione che gli competeva (46). Ma nondimeno contro cosiffatte eccezioni può per le ordinarie cagioni concedersi la restituzione (47).

V. Obbligo della garentia:

1) *Principii generali.*

§ 279. L'autore, dal quale alcuno ha acquistato una cosa a titolo non gratuito, per regola è risponsabile tanto pei difetti giuridici nel rapporto del suo dritto, quanto anche pei difetti fisici della cosa, che non si sono presupposti, giacchè egli non solo 1) nel caso dell'evizione, cioè allorchè un terzo dimostra e fa valere la sua proprietà o altro dritto limitante sulla cosa, è tenuto per questo a prestare il valore, *evictionem praestare*, ma 2) è tenuto ancora a garentire che la cosa non abbia difetti occulti, e che abbia tutte quelle qualità le quali espressamente si sono assicurate. Questa risponsabilità dell'autore ora appellasi garentia ovvero *obbligazione di prestare la garentia.* Nel dritto Romano in questo rapporto trovasi l'espressione *auctoritas*, la quale però pare che si riferisca solamente alla prestazione dell'evizione (1). Per lo più l'obbligazione di prestar garentia si deduce dai principii generali sul dolo e l'errore, i quali principi, quando questi vizi han luogo, possono sempre essere applica-

(44) L. 42. D. *eod.* L. 74. D. *de solut.* (46. 3.) L. 46. D. *de R. J.* (50. 17.). Sta in contradizione la L. 23. § 4. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(45) § 25. J. *de legatis* (2. 20.) L. 9. § 5. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) L. 20. D. *de donat.* (39. 5.) L. 7. C. *de cond. ind.* (4. 5.) L. 2. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 2. C. *si adv. solut.* (2. 33.) L. 62. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

(46) Siccome una *obligatio inefficax*, p. es. un debito prescritto, non è estinta, così il debitore che richiede indietro il pagamento, tende a fare un guadagno, e per conseguenza nel caso dell'errore di dritto gli sta contro la regola *error juris non prodest acquirere volentibus et lucrum captantibus* L. 7. L. 9. pr. D. *de jur. et facti ign.* (22. 6.). Probabilmente questo caso fu il soggetto del Rescritto contenuto nella L. 10. C. *eod.* (1. 18.)

(47) L. 25. pr. D. *de minor.* (4. 4.)

(1) L. 4. pr. L. 76. D. *de evict.* (21. 2.); Paul. S. R. II. 17. § 1. 3.; Fragm. Vat. § 10. Confr. § 168. Nota 1.

ti. Ma allato a ciò si è formata una propria teorica della prestazione di garentia, la quale a vantaggio di chi soffre il danno devia in più modi dalle ordinarie regole sul dolo e sull'errore. Del resto s'intende di per sè che possono anche farsi delle speciali convenzioni intorno alla garentia. Segnatamente è permesso di pattuire un risarcimento in più doppi (2), e presso i Romani la convenzione di pagare il doppio del valore, *duplae stipulatio*, era divenuta così frequente nella volontaria vendita di cose d'importanza, che da ultimo si giunse a riguardar come un dritto del compratore il richiedere la *duplae stipulatio*, ma solo come *cautio nuda*, senza prestazione di sicurtà, anzi gli fu permesso anche di ritrarsi dal contratto, quando quella stipulazione gli fosse ricusata, il qual principio si è conservato eziandio nel dritto Romano novissimo (3). Intanto non vi è mestieri di cosiffatte convenzioni, giacchè l'obbligo della garentia viene da sè, come se fosse stato convenuto (4), purchè però non siasi pattuito il contrario; e per tal ragione appunto esso appartiene alle *obligationes quasi ex contractu*. Ma la teorica della garentia è molto diversa, secondo che si tratta di difetti occulti e di qualità promesse ma non esistenti, al che si rapporta un Editto degli Edili (5), ovvero si tratta di evizione di una cosa; e però è qui necessario d'intrattenerci partitamente sopra amendue i casi.

2) *Prestazione di evizione.*

§ 280. L'obbligazione legale di prestare l'evizione originariamente avea luogo soltanto nella compra, ma fu poi estesa a qualunque acquisto di una cosa a titolo oneroso (1), dal che è derivato che l'azione da intentarsi per tal cagione nella compra addimandasi *actio empti* (2),

(2) L. 11. § 1. L. 52. L. 56. pr. § 2. L. 60. L. 74. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. C. *eod.* (8. 45.)

(3) L. 37. L. 56. pr. D. *eod.* L. 28. L. 31. § 20. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 49. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(4) L. 66. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 23. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L 6. C. *de evict.* (8. 45.)

(5) *Gell.* IV. 2.; L. 1. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(1) L. 10. § 2. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 24. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. § 1. D. *de rer. perm.* (19. 4.) L. 5. § 2. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 66. § 3. D. *de evict.* (21. 2.) L. 4. § 8. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 46. § 1. L. 98. pr. D. *de solut.* (46. 3.) L. 14. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 8. C. *de sent. et interl.* (7. 45.) L. 4. L. 29. C. *de evict.* (8. 45.)

(2) L. 7. L. 8. L. 60. L. 70. D. *eod.* D. 25. C. *eod.*

e negli altri casi *actio utilis ex empto*, in vece della quale però, allorchè l'alienazione è fondata sopra un semplice *pactum*, si può anche far uso dell' *actio praescriptis verbis* (3). L'oggetto della medesima è regolarmente tutto quell' interesse che avea l' acquirente che l' evizione non fosse avvenuta (4). Verisimilmente da principio, allorchè si era fatta una mancipazione, l' interesse dovea esser pagato al doppio, ed appunto per questo venne il costume di fare la *duplae stipulatio* negli acquisti senza mancipazione (5); ma ciò nel dritto posteriore dovè cessare insiem colla mancipazione. L' obbligazione immediatamente è imposta solo all'autore ed al suo erede; ma possono eziandio darsi a tal fine dei fidejussori (6). Se gli autori sono più, son responsabili ciascuno *pro rata* (7), e lo stesso è di più eredi dell' autore (8). Chi ha alienato per conto di un altro non è responsabile se non ne'casi, in cui secondo le regole generali i mandatarii o tutori possono esser convenuti per effetto dei contratti conchiusi per altri (9), e siccome il creditore pignoratizio per rispetto al pegno vien tenuto come rappresentante del debitore (10), così vale il medesimo anche nella vendita del pegno che egli abbia fatta; se avea la facoltà di vendere, e di buona fede tenea per valida l' oppignorazione, e non si obbligò espressamente per la evizione (11). Se una cosa è passata per più mani, allora la prestazione dell' evizione non si può richiedere che dall' immediato autore e dagli eredi di costui, i quali anche alla loro vol-

(3) L. 4. C. *cod.* L. 24. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 14. L. 23. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(4) L. 43. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 7. L. 8. L. 60. L. 70. D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. L. 17. L. 25. C. *cod.*; Fragm. Vat. § 17.

(5) Paul. II. 17. § 3.; Varro de R. R. II. 10. Confr. nondimeno *Schulting* ad Paul. l. c.

(6) L. 4. pr. L. 22. § 1. L. 41. § 2. D. *eod.* L. 7. L. 11. L. 18. C. *cod.*

(7) L. 39. § 1. D. *eod.* La L. 51. § 4. D. *cod.* presuppone una promessa speciale.

(8) L. 62. § 1. L. 65. pr. D. *eod.* L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* (45. 1.)

(9) L. 67. D. *de procur.* (3. 3.) L. 4. § 1. L. 50. L. 66. § 3. D. *de evict.* (21. 2.) V. sopra § 251.

(10) L. 29. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(11) L. 59. § 4. D. *mandati* (17. 1.) L. 11. § 16. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 10. L. 12. § 1. D. *de distr. pign.* (20. 5.) L. 38. L. 50. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. L. 2. C. *cred. evict. non.* (8. 46.). Veramente s'intende da se che nella vendita pubblica delle cose pegnorate il Giudice non risponde per l' evizione; ma è inesatto quel che ammettono parecchi prattici, che qui in generale non si possa esser soggetto ad evizione L. 47. § 1. L. 50. D. *de evict.* (20. 2.) L. 13. C. *cod.*

ta possono rivolgersi contro il loro proprio autore (12). In generale è indifferente se l'evizione riguardi la cosa intera o una parte della proprietà (13), o solo un dritto limitante sulla medesima, o dei pesi che la gravano (14), o de' dritti di un fondo particolarmente dichiarati e promessi come esistenti (15). Inoltre è indifferente, se la evizione sia avvenuta per via di azione o di eccezione contro un' azione dell' acquirente (16). Anche la perdita della lite in possessorio è sufficiente, ma non già per far valere anche la *duplae stipulatio* (17); di più equivale ad una effettiva evizione il caso che alcuno, dopo la condanna, col pagamento della *litis aestimatio* abbia impedito l'evizione (18). Per contrario è essenziale 1) che l' evizione sia già avvenuta e non sia semplicemente temuta (19), giacchè la notizia che si ha d' un dritto di un terzo dà soltanto la facoltà di ritenere il prezzo, finchè sia prestata sicurtà per la evizione (20), ma non dà anche il dritto di richiedere incontanente la prestazione dell' evizione, eccetto A. allorchè si dimostri che il venditore conosceva il dritto del terzo, e nondimeno maliziosamente lo *tacque* al compratore che lo ignorava (21), e B. allorchè quest' ultimo posteriormente in altra guisa abbia acquistato il dritto del terzo, cosicchè l' evizione per questa ragione non possa più avvenire (22); 2) che l' evizione sia fondata sopra un dritto dell' evincente che già esi-

(12) L. 15. D. *de minor.* (4. 4.) L. 29. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(13) L. 1. L. 34. § 1. L. 39. § 2. L. 53. pr. L. 64. pr. § 3. D. *eod.*

(14) L. 66. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 21. § 1. L. 39. L. 41. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 9. C. *eod.* (4. 49.) L. 61. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 15. § 1. L. 34. § 2. L. 39. § 5. L. 46. pr. L. 69. § 5. D. *de evict.* (21. 2.) L. 4. § 8. D. *de re jud.* (42. 1.). Alcuni Giureconsulti Romani in vero qui volevano ammettere la prestazione dell' evizione soltanto allorchè la cosa fosse stata venduta « *uti optima maximaque* » cioè libera da pesi L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 48. D. *de evict.* (21. 2.) L. 90. L. 169. D. *de V. S.* (50. 16.). Ma l'opinione opposta pare che sia divenuta la *recepta sententia*. Di altra opinione è il *Vangerow* Pand. vol. III. p. 315. seg.

(15) L. 66. pr § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 6. § 6. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 16. pr. L. 75. D. *de evict.* (21. 2.) L. 17. § 3. D. *de S. P. U.* (8. 2.)

(16) L. 16. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) Confr. L. 24. D. *eod.*

(17) L. 11. § 13. L. 35. D. *de act. empti* (19. 1.)

(18) L. 16. § 1. L. 21. § 2. L. 22. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(19) L. 4. pr. D. *de act. empti.* (19. 1.) L. 16. § 1. L. 21. § 3. L. 57. pr. L. 74. § 2. D. *de evict.* (21. 2.) L. 3. L. 12. C. *eod.* (8. 45.). Per conseguenza cessa anche in tutto la responsabilità dell' autore quando il dritto del terzo è prescritto L. 54. pr. D. *eod.* L. 19. C. *eod.*

(20) L. 18. § 1. D. *de peric.* (18. 6.) L. 24. C. *de evict.* (8. 45.)

(21) L. 30. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 26. D. *de evict.* (21. 2.)

(22) L. 9. L. 29. pr. L. 41. § 1. L. 57. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

steva sulla cosa prima dell' acquisto della medesima (23), e quindi che la perdita non sia l' effetto di un avvenimento fortuito (24), o della violenza ed arbitrio altrui (25), o di una propria colpa dell' acquirente (26), al che si rapporta anche il caso che costui sia condisceso ad una transazione o ad un compromesso sulla cosa, di cui è quistione (27); e 3) che non siasi trascurato di denunziare all'autore a tempo opportuno il giudizio di evizione intentato, *litem denuntiare*, affinchè egli possa difendere i suoi interessi, ed esser nello stato di far uso dell' eccezioni, se per avventura gliene competono, o di altri mezzi che possa avere per evitare l' evizione (28), salvochè l' autore non abbia rinunciato a questa denunzia (29), o non l' abbia egli stesso impedita (30), o non siasi trovato assente (31). La circostanza, che il dritto dell' evincente apparisca come certo e senza alcun dubbio, non libera dall' obbligo di denunziare la lite, sebbene non nuoca che alcuno in siffatte circostanze si sia lasciato condannare senza difesa (32); ma quando l' acquirente è subentrato nel dritto di colui, il quale avrebbe avuto il dritto di evincere cessa in tutto il requisito della denunzia della lite (33); di più non è mestieri che questa si faccia anche ai semplici fidejussori che han fatto sicurtà per la prestazione dell' evizione (34), mentre al

(23) L. 1. C. *de periculo* (4. 48.). Non si prende in considerazione che il dritto sia stato per qualche tempo sospeso per una condizione e determinazione di tempo L. 3. § 3. 4. C. *commun. de legatis* (6. 43.), ed un dritto ristabilito mediante restituzione qui viene agguagiiato ad un dritto attualmente esistente L. 15, D. *de minor.* (4. 4) L. 39. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(24) L. 21. pr. L. 64. pr. § 2. D. *eod.* L. 26. C. *eod.*

(25) L. 5. L. 11. pr. L. 51. pr. D. *eod.* L. 8. L. 15. C. *eod.* L. 17. C. *de act. empti* (4. 49.); Fragm. Vat. § 10.

(26) L. 25. L. 27. L. 29. § 1. L. 34. pr. L. 55. pr. L. 56. § 3. L. 63. § 2. L. 66. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 8. L. 19. C. *eod.* Intanto se il compratore, potendosi difendere colla *exceptio rei venditae et traditae*, preferisce di restituire la cosa, ciò non gli si dee imputare a colpa L. 17. L. 18. L. 19. pr. D. *eod.*, e tanto meno se egli non abbia appellato L. 63. § 1. 2. D. *eod.*

(27) L. 56. § 1. D. *eod.*

(28) L. 49. L. 53. § 1. L. 74. § 2. D. *eod.* L. 8. L. 9. L. 17. L. 20. L. 23. C. *eod.* L. 1. C. *ubi in rem. act.* (3. 19.). L' autore può anzi appellare L. 20. C. *de evict.* (8. 45.) Confr. L. 63. § 1. 2. D. *eod.*

(29) L. 63. pr. D. *de evict.* (21. 2.)

(30) L. 55. § 1. L. 56. § 5. D. *eod.*

(31) L. 56 § 6. D. *eod.*

(32) L. 11. § 12. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 53. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(33) L. 41. § 1. D. *eod.*

(34) L. 7. C. *eod.*

contrario gli eredi hanno qui lo stesso dritto dell' autore (35), anzi allorchè sono più, debbono tutti quanti essere avvertiti della lite (36). Il tempo della denunzia della lite in generale non è determinato; essa però dee seguire in un tempo che l' attore possa efficacemente intervenire (37). Se concorrono tutte le condizioni richieste per poter pretendere la prestazione dell' evizione, e 1) si agisca coll' *actio ex stipulatu* in forza di una *stipulatio duplae*, *triplae* etc., allora, ove non siasi convenuto il contrario s' intende il doppio o triplo del prezzo di compra, e se l' evizione è caduta non sulla cosa intera, ma sopra una sola parte, o se è consistita soltanto in un dritto limitante, se ne dee computare una quota proporzionata, ma senza riguardare se in quel mezzo la cosa siasi accresciuta o diminuita (38). Per contrario 2) se si è promossa *l' actio empti* o *utilis ex empto*, allora può mettersi a conto ogni danno provenuto manifestamente dall' evizione, compresovi il *lucrum cessans*, le spese fatte per la cosa, gl' interessi del prezzo di compra perduti, e le spese del giudizio di restitnzione (39). Ma come qui si ha riguardo all' accrescimento o al miglioramento della cosa, così si deve anche dedurre ciò che la cosa prima dell' evizione avea perduto in valore, sia per un caso fortuito, sia per colpa del possessore (40). Inoltre l' interesse non deve eccedere il doppio del prezzo di compra (41), anzi se siasi evinta una cosa data in pegno, e venduta dal giudice, allora può richiedersi il solo rimborso del prezzo di compra con gl' interessi (42). Ma se il convenuto in vece di prestare l' evizione voglia far riavere all' attore la cosa evinta, egli non è obbligato di accettare l' offerta, (43). S' incontrano sulla prestazione di evizione alcuni principi eccezionali.

1.° Nelle donazioni e nei legati, in cui generalmente il donante e l'onerato non rispondono per la cosa, se non quando l'abbian promesso, o

(35) L. 8. L. 9. L. 23. C. *eod.*

(36) L. 62. § 1. D. *eod.* L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* (45. 1.)

(37) L. 29. § 2. D. *de evict.* (21. 2.). Non si oppone L. 29. § 3. D. *de legat.* III. (32.) V. Nota 46. Sulle altre opinioni Confr. *Gluck* Sistema delle Pand. vol. XX. § 1124.

(38) L. 2. L. 48. L. 64. pr. § 1-3. L. 74. pr. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. C. *eod.*

(39) L. 43. L. 44. L. 45. pr. § 1. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 8. L. 13-16. pr. L. 47. L. 51. § 3. L. 60. D. *de evict.* (21. 2.) L. 9. L. 16. L. 17. L. 23. L. 25. C. *eod.*

(40) L. 64. pr. § 2. L. 70. D. *eod.*

(41) L. 44. D. *de act. empti* (19. 1.) Confr. L. un. C. *de sent. quae pro eo quod interest* (7. 47.) e § 254. Nota 48-55.

(42) L. 74. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) Confr. L. 50. D. *eod.* L. 13. C. *eod.*

(43) L. 67. D. *eod.* L. 15. D. *de doli exc.* (44. 4.)

abbiano operato con frode (44); nondimeno allorchè si tratta di una cosa determinata solamente in quanto alla specie, e la cosa data sia stata evinta, può richiedersene un' altra (45), presupposto che siasi fatto noto all'autore il giudizio di evizione prima di contestare la lite, la qual condizione qui è assolutamente richiesta (46).

2.° Nella dote, ove il marito non può chiedere la prestazione di evizione, se non quando la costituzione della dote era stata anticipatamente promessa, ovvero la dote è una *dos aestimata* (47); ma la moglie il può sempre, tanto se altri abbia per lei costituita una dote, quanto ancora se una cosa da lei data in dote sia stata evinta (48), anzi anche il padre di lei nella *dos profectitia*, allorchè egli ha ricevuto da altri una cosa altrui e l'ha data come dote al suo genero (49).

3.° Nella transazione, ove l'evizione di ciò su di che si è transatto non si prende in considerazione, e non può nascere un dritto alla prestazione dell' evizione se non per quelle tali cose, che si son date come un aggiustamento o compenso (50);

4.° Nelle oppignorazioni, ove il creditore ha la scelta di richiedere o con l' actio *utilis ex empto* il risarcimento del suo interesse (51), o con l' *actio pignoratitia contraria* la costituzione di un pegno migliore, la quale ultima cosa si può richiedere anche prima che l'evizione avvenga (52).

5.° Nell'alienazione di una *universitas*, ove l'obbligo di prestar l'evizione nasce solo dall'evizione di tutta l'*universitas* (53), ma

(44) L. 62. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 18. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 2. C. *de evict.* (8. 45.); Paul. S. R. V. 11. § 5., L. 48. D. de R. V. (6. 1.)

(45) L. 58 D. *de evict.* (21. 2) L. 45. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 29. § 3. D. *de legat.* III. (32.) L. 35. § 5. C. *de donat.* (8. 54.). Di altra opinione è *Thibaut* trait. civ. n. 4. veggasi per contrario *Vangerow* Pand. vol. III. p. 313. seg.

(46) L. 29. § 3. D. *de legat* III. (32.). Il maggior rigore in questo caso dipende evidentemente da ciò che qui si devia dalla regola, che nelle donazioni e nei legati non si dee prestare l'evizione.

(47) L. 1. C. *de jure dot.* (5. 12.) L. 98. pr. D. *de solut.* (21. 2.) L. 23. D. *de evict.* (21. 2) L 16. L. 34. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(48) L. 75. D. *eod.* L. 21. § 1. L. 24. D. *de evict.* (21. 2.)

(49) L. 71. D. *de evict.* (21. 2.)

(50) L. 33. C. *de transact.* (2. 3.)

(51) L. 24. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(52) L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. § 1. D. *eod.* L. 6. C. *si aliena res pignori* (8. 16.)

(53) L. 8. L. 13. D. *de her. vel. act. vend.* (18 4.) L. 13. § 8. D. *de her. pet.* (5. 3.)

non già dall' evizione di oggetti particolari, salvo allorchè siasi spezialmente per essi promessa l'evizione, o almeno siasi assicurata una determinata quantità dell' *universitas* (54), la qual cosa non è però da estendere al caso, in cui sieno insieme alienate più cose che non formino una *universitas*, mentre allora deesi prestar l'evizione per la perdita di ciascuna singola cosa (55).

6.° Nella evizione di semplici cose accessorie, per le quali non è ammessa l'azione della *stipulatio duplae*, ma solo *l'actio empti* (56).

7.° Da ultimo nell'alienazione di crediti, ove il cedente è responsabile soltanto per la verità ed efficacia civile del credito, ma non già per la bontà del medesimo (57), salvo allorchè un creditore pignoratizio, il quale ha venduto il pegno, in pagamento dell'eccedente del prezzo pel quale ha venduto, cede all'oppignorante il suo credito contro il compratore (58). È poi al tutto escluso ogni dritto alla prestazione dell' evizione: 1) negli acquisti ottenuti dal Sovrano e dalla Sovrana; imperocchè qui l'evizione è legalmente impossibile (59); 2) nella *emptio spei* (60); 3) allorchè l'acquirente abbandona la cosa (61), ovvero 4) allorchè il dritto dell'evincente gli era già noto al momento dell'acquisto, e non pattuì espressamente la prestazione dell'evizione (62), il che patisce eccezione solo in questo che il compratore di una cosa legata ad altri e non pertanto venduta dall'erede ricupera almeno il suo denaro (63), e 5) allorchè l'autore senza dolo ha convenuto di non volere essere responsabile (64). Ed in quest' ultimo caso non si dee neppur resti-

(54) L. 14. § 1. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) L. 38. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 5. L. 36. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. C. *eod.* Direttamente vi si oppone la L. 23. pr. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.).

(55) L. 47. L. 72. D. *de evict.* (21. 2.). Non si oppone L. 42. D. *de act. empti* 19. 1.)

(56) L. 16. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(57) L. 74. § 3. D. *eod.* L. 4. L. 5. D. *de hered. vend.* (18. 4.) L. 96. § 2. D. *de solut.* (46. 3.)

(58) L. 24. § 2. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(59) L. 3. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.) Confr. § 160. Nota 22-25.

(60) L. 8. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(61) L. 76. D. *de evict.* (21. 2.)

(62) L. 18. L. 27. C. *eod.* L. 69. § 1-5. D. *eod.* L. 57. § 2. 3. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 4. § 5. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 7. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(63) L. 3. § 3. C. *comm. de legat.* (6. 43.)

(64) L. 6. § 9. L. 11. § 15. 16. 18. L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 68. pr. L. 69. pr. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

tuire il prezzo di compra (65). Ma la liberazione dal dovere di prestar l'evizione dee ben determinatamente esser pattuita, giacchè le espressioni indeterminate, come quelle, che le cose si vendono nel loro stato attuale, o con tutti i pesi ed obbligazioni, non giovano (66).

3) *Aedilitium edictum.*

§ 281. Pei difetti occulti di una cosa alienata, e per le qualità dichiarate e promesse ma non esistenti, secondo le dodici Tavole poteasi aver azione solo allorchè l'assenza di quelli, o la presenza di queste era stata espressamente assicurata per *aes et libram*, e per conseguenza nella mancipazione della cosa, ovvero in un precedente *nexum*, ed in questo caso se la promessa si negava, doveasi prestare eziandio il doppio valore; ma per l'interpetrazione dei Giureconsulti fu ammesso il principio, che il venditore di un fondo debba anche rispondere per tutt'i difetti, che egli conosceva ed ha taciuti (1). A questa semplice teorica del dritto antico si rannodò un Editto degli Edili Curuli di data incerta. Secondo le sue parole questo Editto si rapportava solamente ai seguenti casi: 1) allorchè gli schiavi venduti aveano vizii occulti, o non possedevano quelle qualità, che il venditore avea positivamente promesse (2); 2) allorchè gli animali da soma venduti aveano dei difetti occulti, ovvero non si consegnavano insiem con essi i finimenti, *ornamenta*, coi quali s'erano venduti (3); e 3) allorchè qualche altro animale venduto avea degli occulti difetti (4); ma questo Editto fu appo i Romani

(65) L. 11. § 18. D. 19. 1. Ulpiano qui rigetta l'opinione opposta di Giuliano. Confr. *Vangerow* Pand. vol. III. p. 322. seg.

(66) L. 17. § 3. 4. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 8. § 3. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 59. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 1. § 1. L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 69. § 1-5. L. 75. D. *de evict.* (21. 2.)

(1) Cic. de offic. III. 16. « Ac de jure quidem praediorum sanctum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. » Da questo passo il Gans nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 9 ne deduce delle conseguenze affatto inammessibili. Del resto Confr. il precedente § Nota 5., e più sopra § 258. Nota 59-61.

(2) L. 1. § 1. L. 25. § 9. D. *de aedil. ed.* (21. 1.); Gell. IV. 2.

(3) L. 28. pr. L. 38. pr. § 11. 12. D. *eod.*

(4) L. 38. § 8. D. *eod.*

esteso dalla pratica a tutte le cose (5), e ad alienazioni anche diverse dalla vendita (6), e le disposizioni dell'Editto sulle qualità promesse del pari non si riferirono più semplicemente agli schiavi (7). I mezzi legali apprestati dall'Editto sono *l'actio quanti minoris* pel risarcimento del danno, e *l'actio redhibitoria* per far riprendere la cosa e restituire il prezzo. Quest'ultima si prescrive in sei mesi utili, e se la redibizione si domanda soltanto a cagione di non essersi consegnati i finimenti, si prescrive anche in due soli mesi utili; al contrario *l'actio quanti minoris* prescrivesi in un anno utile, e qui il corso della prescrizione per regola comincia dalla conchiusione della vendita, ma se il difetto non si è fatto manifesto che posteriormente, da questo momento comincia il corso della prescrizione (8). Il compratore ha la scelta tra queste due azioni (9), le quali si possono far valere anche per via di eccezione (10), ne'*l'actio redhibitoria*, è ristretta solamente al caso che la cosa sia al tutto inservibile (11); solo, non si vuole intentare per ogni difetto di pochissima importanza (12); ma per contrario il Giudice ha la facoltà di decretare la redibizione anche quando siasi semplicemente intentata *l'actio quanti minoris* (13). Di più queste due azioni non competono al solo compratore, ma anche a' suoi eredi, e si danno contro il venditore e gli eredi di costui, come pure contro il padre, secondo le regole intorno alle azioni dei contratti (14). Se vi ha più venditori, tutti son tenuti solidalmente (15). Ma se vi ha più compratori allora ciascuno può intentare *l'actio quanti minoris* per la sua parte, ma *l'actio redhibitoria* non si può pro-

(5) L. 1. pr. L. 48. § 6. L. 49. L. 63. D. *eod.* L. 4. C. *eod.* (4. 58.)

(6) Rigorosamente però solo nella permuta, in cui ambo le parti valgono come venditori L. 19. § 5. L. 62. L. 63. D. *eod.* Del resto è indifferente se si sia comprata la proprietà o l'usufrutto, o altro dritto reale L. 48. § 6. D. *eod.*

(7) L. 38. § 10. D. *eod.*

(8) L. 19. § 6. L. 28. pr. L. 38. pr. L. 48. § 2. L. 55. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(9) L. 59. § 1. D. *eod.*

(10) L. 18. pr. D. *eod.* L. 25. § 1. D. *de except. rei jud.* (44. 2.)

(11) L. 1. § 8. L. 8. L. 9. L. 10. § 4. L. 12. § 1. 3. L. 14. § 3. 4. L. 19. § 2. L. 31. § 21. L. 33. § 2. 20. L. 37. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) *Feuerbach* Saggi civ. n. 2.

(12) L. 1. § 8. L. 4. § 6. L. 10. § 2. L. 11. L. 48. § 8. D. *eod.* L. 51. D. *de contr. empt.* (18. 1.)

(13) L. 43. § 6. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(14) L. 19. § 5. L. 23. § 4. 5. L. 44. § 1. L. 48. § 5. L. 57. § 1. D. *eod.*

(15) L. 31. § 9. L. 44. § 1. D. *eod.*

muovere che in comune (16). I requisiti più speciali di queste azioni sono i seguenti: 1) i difetti occulti, per dar luogo all'azione, debbono essere già esistenti al tempo della vendita, o almeno trovarsi in germe (17), e non essere apparenti o già noti al compratore (18). Ma è indifferente se il venditore li abbia conosciuti o no (19), come è del pari indifferente di quale specie essi sieno (20). Qui si riferiscono eziandio i dritti che si scuoprono competere ai terzi sulla cosa (21), ma i difetti morali di uno schiavo, solo allorchè con promessa siasi assicurato che egli non ne abbia (22). 2) A cagione delle qualità promesse le azioni edilizie non si possono intentare, se non quando il venditore non si è limitato ad elogiare in generale la cosa, ma ha fatto delle precise assicurazioni, e la mancanza di queste qualità non era manifesta (23). Nel tempo stesso le qualità promesse debbono effettivamente mancare, imperocchè non basta che esse non si trovino nella massima perfezione, salvo che questa perfezione appunto non siasi voluto assicurare (24). 3) Le disposizioni dell'Editto edilizio si applicano non pure ai vizi delle cose principali, ma eziandio ai vizi delle cose accessorie, che debbonsi dare nella vendita, e delle pertinenze che vi vanno annesse, (25); ma se di più cose insieme vendute solo alcune sieno viziose, allora è da vedere se alcuno le abbia comperate come cose distinte ed indipendenti, ovvero come formanti un solo tutto p. es. una muta di cavalli; giacchè nell'ultimo caso può richiedersi la redibizione di tutte le cose, e nell'*actio quanti minoris* si dee aver riguardo alla diminnzione di valore che a tutto il complesso di co-

(16) L. 31. § 5-7. 10. D. *eod.*
(17) L. 54. D. *cod.* L. 3. C. *eod*
(18) L. 1. § 6. L. 3. L. 4. pr. L. 14. § 10. L. 48. § 1. 3. 4. L. 51. pr. § 1. D. *eod.* L. 15. § 1. L. 43. pr. D. *de contr. empt.* (18. 1.) *Gesterding* nell'Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 5.
(19) L. 45. D. *ead.* L. 1. § 2. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)
(20) L. 1. § 7. 8. L. 3. L. 4. pr. § 5. 6. L. 5-14. L. 33. § 9. L. 43. pr. D. *eod.*
(21) L. 11. § 8. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 17. § 17. L. 61. D. *de aedil. ed.* (21. 1.). Questo è sommamente importante, giacchè la prestazione dell'evizione non si può richiedere che dopo avvenuta la evizione, e spesso, a cagione di un dritto limitante, può esser desiderabile di redibire.
(22) L. 1. § 9-11. L. 2. L. 4. § 2-4. L. 17. L. 19. § 1. L. 31. § 1. L. 65. pr. D. *eod.* L. 3. L. 5. C. *eod.* L. 30. L. 31. L. 32. D. *de evict.* (21. 2.); Gell. IV. 2.
(23) L. 19. pr. § 2. 3. L. 37. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 43. pr. § 1. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 37. D. *de dolo* (4. 3.)
(24) L. 18. L. 19. § 4. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 75. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)
(25) L. 31. § 25. L. 32. L. 33. pr. L. 44. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

se il vizio di una sola di esse ha cagionata (26). 4) L'introduzione dell'*actio quanti minoris* a cagione di un vizio non impedisce per certo d'intentare nuovamente le azioni edilizie per altri difetti posteriormente scoperti (27), nè il deperimento della cosa esclude queste azioni (28). Per contrario esse cessano: A. allorchè la cosa è stata evinta, nel qual caso non si può richiedere se non la prestazione dell'evizione (29); B. allorchè solo alcune cose particolari di una *universitas* comprata si trovano viziose (30); C. allorchè alcuno ha comperato dal Fisco, che in questo è specialmente esentato (31). D. allorchè il venditore espressamente e senza dolo ha pattuito di non voler essere responsabile (32). Siccome l'*actio quanti minoris* è una semplice azione di risarcimento di danno, così il convenuto non dee qui compensare se non quel tanto che la cosa a cagione del vizio vale di meno di ciò che s'è pagato (33). Ma nell'*actio redhibitoria* il venditore dee 1) restituire il prezzo ricevuto con gl'interessi (34); 2) compensare al compratore le spese cagionate dalla compra, come pure le spese necessarie ed utili fatte sulla cosa (35); 3) liberarlo da tutte le obbligazioni che senza dolo avesse assunte per rispetto alla cosa (36), e 4) ristorare tutt'i danni che il compratore per quei vizii ha patiti, dalle quali cose egli non può liberarsi neppur con l'abbandono della cosa, salvo allorchè non abbia conosciuto i difetti, e purchè non abbia espressamente promesso che la cosa non avesse quei difetti (37). Se dopo la restituzione della cosa il prezzo e le spese non sono incontanente rimborsate, il venditore sarà tenuto per pena a pagare il doppio (38). Ma anche il com-

(26) L. 33. § 1. L. 34. § 1. L. 35. L. 36. L. 38. § 12-14. L. 39. L. 40. pr. L. 59. § 1. L. 64. pr. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(27) L. 31. § 16. L. 48. § 7. D. *eod.* L. 32. § 1. D. *de evict.* (21. 2.) L. 25. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(28) L. 31. § 11. L. 47. § 1. L. 48. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(29) L. 44. § 2. D. *eod.* L. 16. § 2. D. *de evict.* (21. 2.)

(30) L. 14. § 1. L. 15. D. *de hered. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 33. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(31) L. 1. § 3. D. *eod.*

(32) L. 39. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 14. § 9. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(33) L. 31. § 5. 16. L. 36. L. 61. L. 64. pr. D. *eod.* L. 16. § 2. L. 32. § 1. D. *de evict.* (21. 2.)

(34) L. 23. § 7. L. 27. L. 29. § 2. L. 45. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(35) L. 27. L. 29. § 2. 3. L. 30. D. *eod.*

(36) L. 29. § 1. D. *eod.*

(37) L. 45. D. *de contr. empt.* (18. 1.) L. 13. pr. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 23. § 8. L. 31. pr. L. 58. pr. § 1. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 1. C. *eod.* (4. 58.)

(38) L. 45. D. *eod.*

pratore è da sua parte tenuto 1) a restituire la cosa colle sue pertinenze ed accessioni (39); 2) a rimborsare i frutti e i prodotti raccolti e da raccogliere (40); 3) a restituire anche gli utili accidentali che per la cosa abbia ottenuti (41); 4) a liberare la cosa dai pesi che per avventura vi abbia imposti (42); 5) a prestare una indennità per la perdita o pel deterioramento della cosa, e ciò senza alcuna condizione dopo la contestazione della lite, ma pel tempo anteriore solo in quanto sia in colpa (43), e infino a che queste obbligazioni non sieno adempiute, o non sia prestata valida cauzione, il convenuto può ritenere le sue prestazioni (44). I medesimi principii valgono eziandio allorchè il venditore volontariamente ha accettata la redibizione, quando non ve ne era una legittima ragione, ed allora non si ha riguardo al tempo della prescrizione (45); inoltre allorchè si domanda la redibizione per la sola ragione di non essersi consegnati i finimenti di un animale da soma o da tiro, se non che qui l'azione si dee intentare fra due mesi (46), o allorchè il compratore per un *pactum displicentiae* si è riserbata la facoltà di recedere dal contratto, nel qual caso parimente in mancanza di altra determinazione di tempo, la redibizione non si può richiedere che tra due mesi (47); come pure finalmente allorchè il venditore ricusa di contrarre una *duplae stipulatio*, il che dà dritto al compratore di agire fra due mesi per la redibizione, o fra sei mesi coll'*actio quanti minoris* pel ristoro del suo interesse (48). Ma se si è conchiusa una *duplae stipulatio*, e si è su questo fondamento intentata l'azione allora il venditore deve restituire il doppio prezzo, senza poter richiedere per questo la restituzione della cosa (49).

VI. Lex Rhodia de Jactu.

§ 282. Sebbene sia regola che i danni cagionati solamente da neces-

(39) L. 19. L. 21. pr. L. 23. § 1. 2. L. 31. § 2-4. 19. 25. L. 32. D. *eod.*
(40) L. 1. § 1. L. 23. § 9. D. *eod.*
(41) L. 23. § 9. L. 24. L. 43. § 5. D. *eod.*
(42) L. 21. § 1. L. 43. § 8. D. *eod.*
(43) L. 23 pr. L. 25. L. 31. § 11-15. L. 46. L. 47. L. 48. pr. D. *eod.*
(44) L. 21. § 1. 2. L. 22. L. 25. § 9. 10. L. 26. L. 29. pr. § 3. D. *eod.*
(45) L. 31. § 17. 18. 24. D. *eod.*
(46) L. 38. pr. L. 31. § 24. D. *eod.*
(47) L. 31. § 22-24. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*
(48) L. 28. L. 31. § 20. 24. D. *eod.*
(49) L. 47. pr. L. 58. § 1. 2. D. *eod.*

sità pel fine di salvarsi non debbono esser risarciti(1), nondimeno i Romani dalle leggi marittime dei Rodiesi (2) presero il principio che le cose, le quali in una fortuna di mare volontariamente son sacrificate per salvare il bastimento ed il carico, debbono esser proporzionatamente rimborsate da tutti coloro, per utilità de' quali ciò è avvenuto (3). Per verità è ignoto quando siasi ammesso questo principio indicato come *lex Rhodia de jactu*, ma il principio trovasi essere stato per consuetudine già in voga appo i Romani al tempo della Repubblica (4), sebbene forse un riconoscimento formale del medesimo per via di legge non sia avvenuto che sotto gli Imperadori (5). Il caso principale è il proprio getto in mare, *jactus*, allorchè le cose son gittate per alleggerire un bastimento arrenato a fine di rimetterlo così nuovamente a galla; nondimeno la *lex Rhodia* non è limitata a questo solo caso (6). Le condizioni della sua applicazione sono: 1) un' imminente e grave pericolo

(1) L. 29. § 3. L. 49. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 14. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 3. § 7. D. *de incend.* (47. 9.)

(2) Isidori Orig. V. 17. La raccolta delle leggi marittime de' Rodiesi, che *Sim. Schard* leges Rhodiorum navales Basileae 1561. 8., e *Jo. Leunclarius* jus Graeco-Rom T. II. p. 265. seg. han pubblicata non è che una compilazione incerta di un Bizantino, forse di Docimo.

(3) L. 1. D. *de lege Rhodia de jactu* (14. 2.); Paul. S. R. II. 7. § 1.

(4) Imperocchè secondo la L. 2. pr. § 3. L. 10. D. *eod.* di già Servio Sulpizio, Ofilio, e Labeone aveano scritto sulla *lex Rhodia*, e Cic. de invent. II. 31. fa già menzione di un caso in cui un questore avea applicata la legge Rodiese. Nondimeno qui forse si potè intendere di un qualche questore Rodiese, imperocchè al tempo di Cicerone i Rodiesi erano senza dubbio una *civitas libera*. *Strabo* Geograph. XIV. 8. in fine. L'osservazione presso Tacito ann. XII. 58. e Sueton. in Claud c. 25., che essi più volte avesser perduto la loro libertà, si può ben riferire al tempo imperiale, e tutto al più al tempo del Triumvirato.

(5) La prima sicura ricognizione è il Rescritto Greco dell' Imperadore Marco Aurelio Antonino, che il Giureconsulto Volusio Meciano ci ha conservato nella L. 9. D. *eod.*, in cui il *Θειότατος Αὔγουστος* dev' esser senza dubbio non già Ottaviano ma Antonino Pio. Veggasi in generale *Corn. van Bynkershoek* ad legem Ἀξίωσις 9. D. *de lege Rhod. de jactu* (Opusc. p. 89. seg.), e *Jac. Gothofredus* de imper. maris et de jure naufragii colligendi legeque Rhodia (Opera min. ed. Trotz p. 66. seg.). La prefazione alla menzionata raccolta delle leggi Rodiesi, che si trova eziandio presso *Jac. Gothofredus* l. c. cap. 8., e *Gluk* Sistem. delle Pand. vol. XIV. § 883., e secondo la quale anche Tiberio (Claudio), Vespasiano, Trajano, Adriano, Antonino, Pertinace e Settimio Severo aveano confermata la *lex Rhodia de jactu* è altrettanto incerta quanto la raccolta medesima, *Bynkershoek* l. c. cap. 8. Del resto secondo la L. 9. D. cit. si dovrebbe propriamente ammettere che fosse riconosciuta dai Romani non già la sola *lex Rhodia de jactu*, ma tutto quanto il dritto marittimo dei Rodiesi, e forse si può anche riguardar come di origine Rodiese la L. 10. D. *eod.*

(6) L. 2. § 3. L. 3. L. 5. § 1. D. *eod.*

non cagionato dalla colpa di colui stesso che soffre il danno (7); 2) un sacrifizio delle cose volontario ed ordinato dal Capitano (8), e 3) la salvazione e lo scampo del bastimento per tal mezzo avvenuto dal pericolo in cui le cose furono sacrificate (9). La *lex Rhodia* non riguarda i danni, che non son provenuti da un volontario sacrifizio per parte del Capitano (10), per contrario si ritiene anche come un sacrifizio di tal fatta quando le cose per la salvazione del bastimento sonosi messe in un posto più svantaggioso, e perciò son perite o danneggiate (11); e la circostanza che, quando il pericolo proviene da alcun altro, si possa contro costui agire anche coll'*actio legis Aquiliae*, non esclude il dritto di chiedere il risarcimento del danno in forza della *lex Rhodia* (12). A fine di stimare e ripartire il danno, le cose sacrificate sono da valutarsi secondo il loro prezzo di compra, e le cose salvate, secondo il valore che avranno all'arrivo nel porto (13), e da quello si dee dedurre ciò che il proprietario più tardi ha ricuperato (14), da questo ciò che prima di arrivare al porto per nuovi sinistri si è perduto (15). Per le persone, vesti, e viveri non si dee nulla contribuire (16). Dopo che in questo modo si è valutata la quantità del danno e l'ammontare delle cose, dalle quali si dee contribuire, il danno si ripartisce non solo sopra il bastimento e le mercanzie salvate, ma anche sopra le stesse cose sacrificate, secondo la proporzione del loro valore (17). Per tanto l'obbligo di risarcire il danno è da riguardarsi non come un peso soltanto inerente alle cose, ma come un debito personale dei proprietarii (18). Che se alcuno non possa pagare la sua porzione, gli altri devono pagare tanto di più (19). Per far valere questo dritto al risarcimento del danno, nel caso di un contratto di locazione col Capitano, si può adoperare *l'actio locati conducti*, altrimenti *l'actio praescriptis verbis* (20), dal che ma-

(7) L. 2. § 1. 3. D. *eod.* L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(8) L. 2. § 3. L. 5. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.) L. 14. pr. D. *praescr. verb.* (19. 5.)
(9) L. 4. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)
(10) L. 2. § 3. 5. L. 4. § 1. L. 5. pr. L. 6. D. *eod.*
(11) L. 4. pr. § 2. D. *eod.*; Paul. S. R. II. 7. § 4.
(12) L. 27. § 23. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 30. § 2. D. *locati* (19. 2.)
(13) L. 2. § 4. L. 4. § 2. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)
(14) L. 2. § 7. 8. L. 7. L. 8. D. *eod.*
(15) L. 4. pr. § 1. D. *eod.*; *Paul.* S. R. II. 7. § 2.
(16) L. 2. § 2. D. *eod.*
(17) L. 2. § 2. L. 4. § 2. D. *eod.*
(18) L. 1. L. 2. pr. § 2. D. *eod.*
(19) L. 2. § 7. D. *eod.*
(20) L. 2. pr. § 2. 7. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *praescr. verb.* (19 5.)

nifestamente segue che il credito vien riguardato come un' obbligazione nascente da contratto (21). Ma l'*obligatio ex contractu* che qui ha luogo viene nondimeno ammessa soltanto tra il Capitano e le parti, e però colui che soffre il danno si può rivolgere solo contro il Capitano, e solo costui può alla sua volta rivolgersi contro ciascuno che sia tenuto a contribuire (22), il che in senso opposto vale del pari per rapporto alla restituzione del valore, allorchè le cose gittate si son ricuperate dal proprietario (23). La *lex Rhodia de jactu*, come un dritto singolare, non comporta un'applicazione di analogia a pericoli diversi da quelli, che un bastimento incontra in mare, è segnatamente non si applica al caso che sieno demoliti degli edifizii per arrestare un incendio (24).

VII. Promessa unilaterale.

§ 283. Le dichiarazioni e promesse unilaterali di voler prestare qualche cosa, *pollicitationes* (1) per regola veramente non obbligano (2), intanto sonovi delle eccezioni, in cui esse non altramente che un contratto obbligano il promettente e suoi eredi, cosicchè ne nasce un'azione (3) anche per gli interessi moratorii, allorchè si ritarda di adempirle (4).

1.° Una eccezione, che pare fondarsi sopra Imperiali Rescritti (5), riguarda le promesse fatte a benefizio di un comune, *respublica*. Se queste sonosi fatte sul luogo in presenza di persone, che possono testificar-

(21) Evidentemente anche la *lex Rhodia de jactu* nelle Pandette non vien trattata immediatamente dopo la *exercitoria actio*, se non perchè l' azione che ne risulta egualmente che le azioni dei contratti può essere intentata come *exercitoria actio* contro il Capitano del bastimento.

(22) L. 2. pr. D. *de lege Rhod. de jactu* (14. 2.)

(23) L. 2. § 7. D. *eod.*

(24) L. 49. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 3. § 7. D. *de incend.* (47. 9.)

(1) L. 3. pr. D. *de pollicitat.* (50. 12.). Per verità talvolta si adopera *pollicitatio* generalmente per una promessa L. 19. § 2. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) L. 5. C. *de contr. et committ. stip.* (8. 38.)

(2) Paul. S. R. V. 12. § 9. « Ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur: ideoque ejus bona, qui se heredem Imperatorem facturum esse jactaverat, a fisco occupari non possunt. » L. 26. D. *de donat.* (39. 5.) L. 55. D. *de O. et A.* (44. 7.); Fragm. Vat. § 263.

(3) L. 8. D. *de pollicitat.* (50. 12.)

(4) L. 1. pr. D. *eod.*

(5) L. 1. pr. § 1. 5. L. 6. § 1. 2. L. 7. L. 8. L. 13. D. *eod.*

le, e non semplicemente per lettere (6), poco importando del resto se siano fatte da uomini o da donne (7), allora in due casi debbono esser mantenute: 1) allorchè il promettente promette la prestazione per importanti ragioni allegate, *ex causa*, segnatamente per riconoscenza di onori o vantaggi compartitigli (8), 2) o allorchè ha egli di già cominciato ad adempire la promessa (9). Nell' ultimo caso nondimeno a cagione di sopravvenuta indigenza il promettente può liberarsi dall' adempimento cedendo un quinto del suo patrimonio (10), ed i suoi eredi il possono sempre cedendo al comune, se son discendenti del promettente, un decimo dell' eredità, e se sono altri eredi, un quinto (11). Per contrario nella promessa per cagioni determinate il promettente ed i suoi eredi sono assolutamente tenuti (12), eccetto allorchè la pollicitazione siasi fatta soltanto a cagione di onori o altri favori promessi, ed il pollicitante sia morto pria di averli ottenuti, nel qual caso gli eredi sono al tutto liberi (13). Se la promessa non ha per oggetto un semplice dare, ma l' intrapresa di un' opera, devesi al promettente stesso, quando egli il voglia, affidarne l' esecuzione, ma allora egli ne porta il pericolo infino alla consegna (14); il Comune poi dee osservare le condizioni ed il modo aggiunto alla promessa, in quanto non gli siano dannosi (15).

2.° Una seconda eccezione s' incontra allorchè alcuno promette di render sacra una cosa, o di spendere qualche cosa per un fine religioso, nel qual caso la promessa appellasi *votum*. Il promettente qui dev' esser pubere e *sui juris*, e come da sè s' intende, il voto deve anche tornare a vantaggio di uno Stabilimento o Corporazione religiosa, la quale possa figurare da creditore. Ma sotto queste presupposizioni il promettente ed i suoi eredi sono anche assolutamente obbligati; soltanto, gli oggetti promessi non cessano di esser loro proprietà, fino a che non li abbiano consegnati (16). Che anzi l' adempimento dei vo-

(6) L. 5. D. *eod.* Confr. Fragm. Vat. l. c.

(7) L. 6. § 2. D. *eod.*

(8) L. 19. pr. D. *de donat.* (39. 5.) L. 1. § 1. L. 3. pr. L. 4. L. 6. pr. § 2. L. 7. L. 9. L. 14. D. *de pollicitat.* (50. 12.)

(9) L. 1. § 2-6. L. 3. pr. § 1. L. 6. § 1. L. 9. D. *eod.*

(10) L. 9. D. *eod.*

(11) L. 9. L. 14. L. 15. D. *eod.*

(12) L. 9. L. 14. D. *eod.*

(13) L. 11. D. *eod.*

(14) L. 1. § 6. L. 13. pr. D. *eod.*

(15) L. 10. L. 13. § 1. D. *eod.* L. 7. § 1. D. *de oper. publ.* (50. 10.)

(16) L. 2. D. *de pollicitat.* (50. 12.). Non si oppone per rispetto al passaggio della

ti, la cui forza obbligatoria appo i Romani era fondata sopra un' antica consuetudine (17), è per più rapporti specialmente privilegiato (18), ma si richiede che sotto ciò non si celi qualche scopo illecito (19).

3.° Alcuni singolari principii riguardano soltanto quei voti, che i Romani in sul cominciare dell' anno solevano fare per la salute dell' Imperadore (20).

CAPITOLO III.

OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLE VIOLAZIONI DI DRITTO.

I. obbligazioni che nascono da delitti :

1) Ingiurie (*)

§ 284. Le azioni, che alcuno fa con la dolosa intenzione di recar danno e di far male ad una persona, sono in preferenza addimandate violazioni di dritto, ingiurie, *injuriae* (1), e quella spezie di dolo appellasi *animus injuriandi*. Senza *l' animus injuriandi* non vi è alcu-

proprietà la Nov. 5. c. 5. e l' Auth. *Ingressi* C. *de sacros. eccles.* (1. 2.), le quali parlano di promesse di tutt' altra specie.

(17) Una delle più frequenti promesse dei tempi antichi era quando alcuno andando alla guerra prometteva a Giove, il quale per questa ragione fu detto anche praedator, un 1/10 del bottino. È oscura la *legatio votiva*, che Cicerone avea promessa, ed in fine non voleva avere. Cic. ad Attic. II. 18. IV. 2. XV. 8. 11.

(18) L. 15. D. *de off. praesidis* (1. 18.)

(19) L. 2. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(20) Plutarch. in Cicerone c. 2.; L. 233. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. un. C. *de oblatione votorum* (12. 49.); L. un. C. Th. *eod.* (7. 28.) *Jac. Gothofredus* ad h. l. Confr. *Sueton.* in Octav. c. 57., in Tiber c. 34., in Caligula c. 42.; Plin. Epist. X. 44.

(*) *Weber* sulle ingiurie e sugli scritti ingiuriosi 3. vol. Schwerin e Wismar 1793-1800. 8.; *Walther* nel nuovo Arch. del dritto criminale vol. IV. n. 4. e 12.

(1) In un senso ampio generalmente ogni torto appellasi *injuria* pr. J. *de injur.* (4. 4.) L. 1. pr. D. *eod.* (47. 10.) L. 5. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.); Collat. II. 5., ed il *Walther* l. c. determina troppo ampiamente il concetto della propria ingiuria quando egli intende per essa ogni azione dolosa, la quale non ricade sotto l' azione di un determinato delitto che abbia un suo proprio nome, dal che si vede che l' *actio injuriarum* e l' *actio de dolo* avrebbero la medesima sfera. Veggansi i miei delineamenti fondamentali del sistema di dritto dei Romani § 43.

na ingiuria (2), sebbene talvolta una siffatta intenzione venga presunta per legge dove propriamente vi fu (3) o almeno vi potè essere un altro scopo (4). Per contrario il concetto dell'ingiuria non è certamente limitato a determinate azioni; ma piuttosto le ingiurie possono commettersi in diversissime guise. Le specie principali sono:

1.° Le ingiurie reali o offese corporali, *injuriae quae corpori inferuntur*, mediante offesa di fatto e maltrattamento della persona (5), o mediante uso di mezzi che apportano nocumento alla salute (6);

2.° Ingiurie ideali o violazioni dell'onore, *injuriae ad dignitatem s. ad infamiam pertinentes* (7), 1) mediante un trattamento oltraggioso, sia che l'animo di oltraggiare venga direttamente manifestato, sia che si contenga in parole oltraggiose, *convicia et contumeliae*, ovvero in fatti di scherno (8); 2) mediante calunnie, cioè mediante divulgazione di false notizie che fan comparire alcuno malvagio o ridicolo (9); 3) mediante non fondate asserzioni ed imputazioni che offendono l'onore (10), e 4) mediante altri fatti che pregiudicano il buon nome ed il credito di una persona (11).

3.° Inoltre appartiene anche qui ogni azione commessa colla intenzione determinata di offendere e far danno, per la quale quegli contro cui è diretta ne resti in alcuna guisa offeso e danneggiato, come la ingiusta restrizione della libertà di una persona (12), l'impedimento

(2) L. 5. § 3. L. 41. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9 2.) L. 13. § 4. D. *locati* (19. 2.) L. 1. § 8. D. *de inspic. ventre* (25. 4.) L. 26. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 55. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 3. § 1-4. L. 4. L. 13. § 1-6. L. 15. § 13. 25-33. 38. L. 18. pr. L. 19. L. 20. L. 32. L. 33. L. 44. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *eod.* (9. 35.)

(3) L. 21. § 7. D. *de furt.* (47. 2.); Paul. II. 31. § 35. V. 4. § 14.

(4) L. 15. § 15-23. D. *de injur.* (47. 10.)

(5) Caj. III. 120.; Collat. II. 5. § 4.; Paul. V. 4. § 13-21.; L. 1. § 2. L. 5. pr. § 1. L. 7. § 8. L. 8. L. 9. pr. L. 15. § 1. 27. L. 23. L. 42. L. 27. D. *eod.*

(6) L. 15. pr. D. *eod.*

(7) L. 1. § 2. D. *eod.*

(8) Caj. l. c.; Collat. l. c.; § 1. J. *eod.* L. 5. § 2-5. 9-11. L. 6. L. 15. § 2-23. 25-33. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(9) L. 5. § 9. L. 15. § 27. 29. L. 18. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *eod.* L. un. C. *de famos. lib.* (9. 36.); Collat. II. 6. § 5.

(10) L. 11. § 9. L. 12. L. 22. D. *de injur.* (47. 10.) L. 26. D. *de liber. causa* (40. 12.) L. 31. C. *eod.* (7. 16.) L. 5. C. *de ingen. manum.* (7. 14.) L. 3. L. 9. L. 10. C. *de injur.* (9. 35.)

(11) Cic. pro Caecina c. 13.; Caj. l. c.; L. 19. L. 20. L. 15. § 30. 32. 33. D. *de injur.* (47. 10.) L. 1. § 8. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)

(12) L. 2. § 9. D. *ne quid in loco publ.* (43. 8.) L. 13. § 7. D. *de injur.* (47. 10.)

dell' esercizio dei proprii dritti (13), la sottrazione, o distruzione, ed il danneggiamento delle cose (14), e somiglianti attentati alla sfera di dritto di un altro (15). Dall' ingiuria risulta per l' offeso *l' actio injuriarum*, azione penale (16), che nel tempo stesso è infamante (17). Secondo le dodici Tavole questa in generale portava una pena di venticinque assi (18). Nondimeno ci avea dei casi più severamente puniti. Ignorasi se tra questi si conteneva anche l' aggressione di fatto contro i genitori, per la quale una *lex regia* di Servio Tullio avea stabilito la pena di morte (19); ma vengono indicate come eccezioni: 1) per un membro offeso, *membrum ruptum* la pena del taglione (20), 2) per un osso rotto *os fractum*, nell' uomo libero trecento assi e nello schiavo centocinquant'assi (21); e 3) pei libelli infamatori e per le satire *libelli famosi et carmina famosa* la pena delle bastonate, *ictus fustium* (22), insieme con l' intestabilità (23). Intanto la pena proposta come regola nelle dodici Tavole a cagione della varietà delle ingiurie era in sè stessa non opportuna, e dovè divenire al tutto insufficiente, allorchè l' asse in processo di tempo fu ridotto ad una piccola moneta di rame, dal che avvenne che un certo Ferazio si burlava della legge dando pubblicamente delle guanciate che subito pagava (24). Per tal ragione l'Editto del Pretore vi sostituì una pena arbitraria da valutarsi in cia-

(13) L. 25. D. *de act. empti* (19. 1.) L. 13. § 7. L. 24. D. *de injur.* (47. 10.)

(14) L. 55. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 15. § 31. D. *de injur.* (47. 10.)

(15) L. 1. § 38. D. *depos.* (16. 3.) L. 13. § 4. 5. D. *de injur.* (47. 10.) L. 44. D. *eod.* L. 41. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(16) § 7. J. *de injur.* (4. 4.)

(17) L. 1. L. 4. § 5. D. *de his qui not.* (3. 2.) L. 7. pr. L. 42. D. *de injur.* (37. 10.); Paul. V. 4. § 9.

(18) § 7. J. *eod.*; Caj. III. 223.; Gell. XX. 1.; Collat. II. 5. § 5.

(19) Festus p. *Plorare.*

(20) § 7. J. cit.; Festo p. *Talionis*; Gell. XVI. 10.; Collat. II. 4.

(21) Caj. l. c.; Collat. l. c.: Paul. V. 4. § 6. Nella Collat. per certo qui inesattamente son nominati sesterzii.

(22) *Cornutus* ad Persii Satyr. I. v. 137. ; Horat. Epist. II. 1. v. 152. Confr. con Paul. l. c.; Horat. Satyr. II. 1. v. 80-87.; *Porphyrio* ad h. l.; *Acron.* ad h. l.; Cic. tusc. quaest. IV. 2. de republ. IV. 10. (August de civ. Dei II. 9.). Quando Cicerone nell' ultimo passo chiama *poena capitis* la pena delle dodici Tavole, il che è d' accordo con la L. un. C. *de lib. famos.* (9. 36.), questo si spiega da ciò che la pena delle batiture era infamante, ed ogni pena infamante dicevasi in senso ampio *poena capitalis* L. 103. D. *de V. S.* (50. 16.)

(23) L. 5. § 9. D. *de injur.* (47. 10.)

(24) Gellio XX. 1.

scun caso secondo le circostanze (25). Per questo non furono certo abolite le prescrizioni delle dodici Tavole, ma vennero nondimeno a cadere in disuso (26), ad eccezione della punizione criminale del libello famoso, la quale non pure fu conservata (27), ma ebbe eziandio una più ampia applicazione. Imperocchè un Senatoconsulto del tempo Imperiale la estese alle caricature e somiglianti cose non scritte sparse nel pubblico per ischerno di alcuno, e di più permise che la pena si elevasse fino alla deportazione (28), e Valentiniano II. aggiunse che chi avesse soltanto trovato somiglianti cose, e le avesse maggiormente diffuse e divulgate, fosse da punire come l'autore medesimo (29). Ma gli scritti oltraggiosi e le caricature non rimasero le sole ingiurie criminalmente punite. Per la *lex Cornelia de injuriis di Silla* forse un capitolo della *lex Cornelia de sicariis* (30), allorchè l'ingiuria erasi commessa col percuotere e battere alcuno *verberare et pulsare*, o coll'entrare violentemente nell'abitazione di alcuno, fu all'offeso conceduto il dritto di richiedere una pena criminale invece della pena pecuniaria (31); ed in questo caso egli avea a promuovere una formale accusa (32), sebbene

(25) Caj. III. 224.; § 7. J. *eod.*; Paul. V. 4. § 7.; L. 15. § 28. L. 30. § 1. L. 31. D. *eod.*

(26) § 7. J. *eod.*; Gell. XVI. 10.; L. 7. § 6. D. *eod.*

(27) L. 5. § 9. D. *eod.* Sebbene i libelli famosi grecamente si appellavano ἀνώνυμα, Dio. Cassii excerpta vatic.(ed. Sturz) n. CI., pure l'anonimità non apparteneva all'essenza dei medesimi, come il dimostra la L. 5. § 9. D. cit.

(28) L. 5. § 10. 11. L. 6. L. 38. D. *eod.*; Paul. V. 4. § 15-17.

(29) L. un. C. *de famos. lib.* (9. 36.)

(30) Veramente questo non è certo, *Schilling* Osserv. sulla Storia Romana p. 287. seg., ma alle ragioni che per quest'oggetto adduce l'*Hugo* II. Storia del dritto p. 717., si può anche aggiungere che nella Collat. II. 7. nella teorica delle ingiurie si fa uso delle osservazioni di Paolo sulla *lex Cornelia de Sicariis*.

(31) § 8. J. *de injur.* (4. 4.) L. 5. L. 7. § 1. L. 37. § 1. D. *eod.* L. 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2.) L. 22. § 2. D. *ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.) L. 42. § 1. D. *de procur.* (3. 3.); Paul. V. 4. § 8.; *Theoph.* IV. 4. § 8.; *Schol. Basil.* T. VII. p. 480. Schol. n. (ed. Fabrot.)

(32) Di altra opinione è *Schilling* l. c., ed anche io tengo per falsa la notizia che si trova nella L. 2. § 32. D. *de O. J.* (1. 2.) presso *Haloander*, che Silla avesse istituito anche una *quaestio perpetua de injuriis*; ma a me pare che la L. 12. § 4. D. *de accus.* (48. 2.) sia decisiva, ed a questo si aggiunge eziandio la circostanza che secondo i testi citati nella Nota 39. l'applicazione delle pene criminali per le ingiurie dovea senza dubbio seguire ad un accusa formale. Soltanto, non si può conchiudere, che perchè Silla non avesse istituita una *quaestio perpetua de injuriis*, non avesse neppur disposto una *accusatio*. Qui avea luogo una più semplice procedura criminale innanzi ai Magistrali, che i Romani chiamavano *extra ordinem animadvertere*, e che più tardi divenne la regola generale Paul. V. 4 § 8.

i Giureconsulti Romani quì sogliano parlare non di una *accusatio*, ma sibbene di una *actio legis Corneliae* (33). È ignoto ciò che contenesse la *lex Clodia de injuriis publicis* poco di poi pubblicata dal famoso Tribuno Clodio (34). Per contrario noi sappiamo che la *lex Julia de adulteris* comprese nelle sue disposizioni le ingiurie precedenti da una condotta impudica, pel qual modo anche queste furono assoggettate ad una punizione criminale (35). Sotto gl'Imperadori troviamo inoltre il principio che anche le ingiurie dei figliuoli contro i loro genitori si debbano punire criminalmente (36), il che potè essere una reminiscenza della legge di Servio Tullio. Di poi fu anche ammesso che chi a cagione dell'infamia, e della povertà non ha a temere l'accusa d'ingiurie, almeno nelle ingiurie gravi debba essere in altro modo punito (37), e che in generale le ingiurie, le quali abbiano cagionato un pubblico scandalo, o siensi dirette contro il pubblico, si debbano punire criminalmente (38). Da ultimo divenne regola generale, sebbene non prima del quarto secolo, che ogni offeso abbia la scelta, se voglia richiedere la soddisfazione in denaro, o provocare per via di accusa una pena criminale (39). Secondo ciò è da distinguere quale delle due vie si è presa.

1.° A promuovere l'azione civile non è sempre autorizzato il solo offeso, imperocchè per effetto di certi rapporti giuridici taluno può riferire a sè le ingiurie inferite ad altri, in quanto l'offensore evidentemente conosceva quel rapporto che tra essi esisteva (40); così il marito può riferire a se le ingiurie fatte alla moglie (41), il fidanzato quelle fatte alla fidanzata (42), il padre quelle fatte a'suoi figliuoli (43), il suocero quelle fatte alla sua nuora (44), il padrone quelle fatte a'suoi

(33) V. i testi citati nella Nota 31. Anche *actio* non di rado trovasi invece di *accusatio*, p. es. nella L. un. C. *quando civil. actio* (9. 31.)

(34) Cic. pro domo c. 30.

(35) Paul. V. 4. § 4. 5. 14.; L. 9. § 4. L. 10. D. *de injur.* (47. 10.) L. 1. pr. § 2. D. *extraord. crim.* (47. 11.)

(36) L. 1. D. *de obseq.* (37. 15.) L. 4. C. *de patr. pot.* (8. 47.)

(37) L. 35. D. *de injur.* (47. 10.)

(38) L. 1. § 1. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(39) L. 45. D. *de injur.* (47. 10.) di Ermogeniano § 10. J. *eod.*

(40) L. 1. § 8. L. 18. § 4. 5. D. *eod.*; Paul. V. 4. § 3.

(41) § 2. J. *eod.*; L. 1. § 3. L. 2. L. 11. § 7. L. 17. § 10-14. 22. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(42) L. 15. § 24. D. *eod.*

(43) § 2. J. *eod.* L. 1. § 3. 5. 8. L. 26. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*; Caj. III. 221.

(44) § 2. J. *eod.* L. 1. § 3. D. *eod.*

schiavi (45), e l'erede quelle fatte al suo autore dopo la morte di costui (46). Ed in ciò non ha luogo alcuna solidalità di dritto, ma piuttosto può agir tanto l'offeso medesimo, ove ne abbia la possibilità (47), quanto l'altro (48). Solo, i figliuoli sotto la patria potestà non possono intentare l'azione da se stessi, se non quando il loro padre ne sia impedito (49). I procuratori sono senza restrizione ammessi (50); ma per contrario l'azione non può esser ceduta (51). Nella valutazione dell'ingiuria si vuol computare eziandio il danno pecuniario, che n'è provenuto, avuto riguardo al valore nel tempo del delitto (52); si dee anche por mente se l'ingiuria sia *atrox o levis;* imperocchè una *injuria atrox* può valutarsi di più (53). Ma una ingiuria può essere *atrox* non solamente *facto*, cioè per l'indole aggravante del fatto stesso, ma anche *persona* o *loco*, allorchè sia fatta a persone, a cui si deve riverenza, o in un luogo, il quale è spezialmente destinato al riposo ed alla pace (54). Nelle ingiurie da parte di uno schiavo l'azione si dà come *actio noxalis* contro il padrone, il quale nondimeno, se non vuol pagare, ha la scelta di atteuersi alla *noxae datio*, o di consegnare lo schiavo al Giudice per la punizione criminale (55).

2.° Per contrario l'accusa per cagione d'ingiurie può procedere assolutamente solo dall'offeso, anche quando sia tuttora sotto la patria potestà (56), e per regola non si può neppure costituire un procuratore. Veramente la *lex Cornelia de injuriis* avea disposto il contrario (57), ma la pratica rigettò i procuratori anche per *l'accusatio injuriae* (58), finchè Zenone non introdusse una eccezione a vantaggio

(45) § 3-6. J. *cod.* L. 1. § 3. 7. L. 15. § 34-49. L. 16. L. 25. L. 26. D. *cod.* L. 1. C. *cod.*; Caj. III. 222.; Collat. II. 4.

(46) L. 1. § 4. 6. D. *cod.*

(47) Nelle ingiurie contro i morti, e contro gli schiavi ciò naturalmente non ha luogo § 3. J. *cod.*

(48) L. 1. § 9. L. 18. § 2. D. *cod.*

(49) L. 17. § 10-22. D. *cod.*

(50) L. 11. § 2. L. 17. § 10. 15-20. D. *cod.*

(51) L. 32. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 28. D. *de injur.* (47. 10.)

(52) L. 21. D. *cod.* L. 7. C. *cod.*

(53) Collat. II. 2.; Paul. V. 4. § 10.

(54) § 9. J. *cod.* L. 7. § 2. 7. 8. L. 8. L. 9. D. *cod.* L. 4. C. *cod.*

(55) L. 17. § 4-9. D. *cod.*; Paul. V. 4. § 22.

(56) L. 5. § 6. 7. D. *cod.*

(57) L. 42. § 1. D. *de procur.* (8. 3.)

(58) Paul. V. 4. § 12.: « injuriarum non nisi praesentes accusare possunt; crimen enim, quod vindictae aut calumniae judicium expectat, per alios intendi non potest. »

delle *personae illustres* (59). La pena del pari che la multa è arbitraria (60).

3.° I principi comuni sono i seguenti: 1) il dritto di agire si prescrive in un anno (61), e si estingue anche prima mediante la remissione o il perdono (62), o quando l'offeso ha accettata una riparazione (63), come pure per la morte di una delle parti; imperocchè per cagione d'ingiurie non si può agire nè contro gli eredi nè dagli eredi, colla sola eccezione che l'azione civile di già istituita può dagli eredi dell'attore esser continuata (64). 2) Se in un atto si contengano diverse ingiurie, si debbono comprender tutte in una sola azione (65), e sempre non è permesso che o di instituire l'azione civile, o di procedere per via d'accusa, e però uno di questi mezzi legali vien sempre a cessare per l'uso che siesi fatto dell'altro (66); ma la circostanza che il fatto contenga eziandio un altro delitto non esclude l'azione d'ingiuria (67). 3) Se più persone son complici di una ingiuria, tutte possono esser convenute o accusate (68), e del pari se son più gli offesi, tutti possono agire indipendentemente l'uno dall'altro (69). E così anche avviene quando l'ingiuria colpisce una persona diversa da quella, contro di cui era diretto *l'animus injuriandi*, come quando l'autore abbia errato nella persona (70), ovvero le calunnie ed ingiuriose imputazioni sieno di tal fatta, che per conseguenza vengano a colpire anche un altro (71). 4) Il carico della prova dell'attore riguarda solo il fatto, dal quale pretende di essere stato offeso, ma sopra di questo fatto anche nei giudizi di accusa egli può deferire il giuramento (72). Per contrario non deve anche dimostrare *l'animus injuriandi*, ma è lasciato al giudice di valutare secondo le circo-

(59) L. 11. C. *de injur.* (9. 35.) § 10. J. *eod.*
(60) Paul. V. 4. § 8. 15. 16. 17.; L. 45. D. *eod.*
(61) L. 5. C. *eod.* L. 17. § 6. *eod.* pr. J. *de perpet.* (4. 12.)
(62) L. 17. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 11. § 1. L. 17. § 12. D. *de injur.* (47. 10.) § 12. J. *eod.*
(63) L. 17. § 1. 6. D. *eod.*
(64) L. 13. pr. L. 15. § 14. D. *eod.* § 1. J. *de perpet.* (4. 12.)
(65) L. 7. § 5. D. *eod.*
(66) L. 6. D. *eod.*
(67) L. 4. § 1. D. *ad leg. Jul. de vi priv.* (48. 7.) L. 7. § 1. L. 25. D. *de injur.* (47. 10.)
(68) Paul. V. 4. § 20.; L. 5. § 9. L. 11. pr. § 3-6. L. 15. § 2. L. 34. D. *eod.*
(69) L. 15. § 48. 49. L. 16. L. 17. pr. L. 18. § 2. L. 41. D. *eod.*
(70) L. 18. § 3. D. *eod.*
(71) L. 10. C. *eod.*
(72) L. 5. § 8. D. *de injur.* (47. 10.)

stanze se questo vi sia o no; per il che l'attore dee descrivere l'avvenuto il più esattamente che si può (73). Naturalmente anche il convenuto dall'altro lato ha libera facoltà di provare che egli non abbia agito *animo injuriandi* (74), il che nelle pretese calunnie si presume, quando il convenuto dimostra la così detta *exceptio veritatis*, cioè la verità dei fatti asseriti (75), anche quando le asserzioni, come scritti oltraggiosi, siano state diffuse nel *Publicum* (76). 5). Per effetto di una costituzione imperiale insieme colla punizione dee sempre togliersi via ciò che si è di retto all'oltraggio dell'attore (77), e nelle accuse calunniose si deve impor silenzio al convenuto (78).

2) *Furto*:

A. principii generali.

§ 285. Chiamasi furto, *furtum*, un' ingiusta appropriazione o usurpazione di dominio, *contrectatio*, di una cosa mobile, commessa dolosamente e coll' intenzione di far guadagno (1). Il dolo qui è essenziale; ma esso non è sufficiente quando non abbia per iscopo un guadagno (2). Se l' appropriazione consiste solo in un uso non permesso della cosa, allora il furto vien detto *furtum usus*, come per contrario appellasi *furtum rei* quando si tratta della cosa stessa (3). Il furto di quest' ultima specie si suddivide: 1) Nel *furtum rei alienae*, il quale A. non si commette solamente impadronendosi di cose altrui occultamente o con violenza (4), ma ancora B. quando un detentore per illegittimi fatti di dominio manifesta la sua intenzione di appropriarsi le cose detenute (5), ovvero C. quando alcuno si riceve le cose che un altro gli dà

(73) L. 7. pr. § 2. 4. D. *eod.*; Collat. II. 6.

(74) L. 5. C. *eod.*

(75) L. 18. pr. D. *eod.*

(76) L. un. C. *de fam. libell.* (9. 36.)

(77) L. 37. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 5. C. *de ingen. man.* (7. 14.). Da quest' ultimo passo la pratica ha formata la così detta *provocatio ex lege* DIFFAMARI.

(1) § 1. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 1. § 3. D. *de furt.* (47. 2.)

(2) L. 14. § 2. L. 41. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(3) § 1. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 1. § 3. L. 41. L. 51. § 2. L. 56. pr. § 1. D. *de furtis.* (47. 2.); Caj. III. 195-198.

(4) Pr. § 1. J. *vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 49. § 7. D. *de furt.* (47. 2.)

(5) L. 22. § 7. D. *mand.* (17. 1.) L. 3. § 18. L. 47. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. D. *de vi* (43. 16.) L. 1. § 2. L. 33. § 4. L. 47. § 6. L. 53. § 7. L. 68. pr. L. 69. pr. L. 73. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 29. D.

per errore, conoscendo questo errore (6), ovvero D. quando un possessore di mala fede di una cosa altrui l' aliena (7), ovvero C. quando l'inventore ritiene la cosa ritrovata (8), ovvero F. quando uno schiavo o colono fugge via dal suo padrone, reputandosi in tal caso che egli rubi sè stesso (9); 2) Nel *Furtum rei communis*, allorchè uno dei comproprietarii furtivamente si appropria egli solo la cosa comune (10); 3) Nel *Furtum rei propriae*, allorchè il proprietario o A. toglie la sua cosa ad un detentore o possessore civile, il quale ha un legittimo interesse al possesso della medesima, per privarlo di questo tale vantaggio (11), o B. dolosamente aliena una cosa spezialmente oppignorata (12). Il così detto *furtum possessionis* (13) che si aggiugne al *furtum usus* e *rei* non indica una terza specie di furto, ma solamente il *furtum rei alienae* indicato sotto il n. 1. lettera B. che commette il detentore quando si appropria la cosa, e fa perdere al possessore civile la sua *possessio* (14). Siccome quando alcuno invola anche una sola parte di una cosa, la sua usurpazione colpisce l' intero, essendochè per ciò appunto che egli si permette di toglierne una parte, esercita un dominio sulla cosa, così i giureconsulti Romani disputavano intorno alla quistione se nella sottrazione di una parte si dovesse riconoscere un furto dell'intero (15), e per

depositi (16. 3.) L. 3. C *eod.* (4. 34.) L. 1. L. 7. C. *pro emptore* (7. 32.); Theoph. IV. 1. § 1. V. § 157.

(6) L. 18. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 14. D. *de cond. causa data* (12. 4.)

(7) L. 36 L. 37. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 6. C. *de furtis* (6. 2.) L. 1. L. 7. C. *pro emptore* (7. 26.) L. 2. C. *de usuc. pro don.* (7. 27.) Nov. 119. c. 7.

(8) L. 31. § 1. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 44. § 4. 8. D. *de furt.* (47. 2.) L. 3. pr. D. *de incend.* (47. 9.) § 48. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(9) L. 62. D. *de furt.* (47. 2.) L. 4. § 15-17. L. 33. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 23. pr. C. *de agric.* (11. 47.)

(10) L. 45. D. *pro socio* (17. 2.) L. 46. D. *de furt.* (47. 2.)

(11) Caj. III. 200.; § 10. 14. 16. 17. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 22. pr. L. 36. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 49. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 12. § 2. L. 14. § 3. 4. L. 15. § 1. 2. L. 19. § 5. 6. L. 20. 1. 55. § 4. L. 61. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.)

(12) L. 6. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 19. § 6. L. 68. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 6. C. *de usuc. pro empt.* (7. 26.) V. § 208. n. VII.

(13) V. i luoghi citati nella Nota 1.

(14) Theoph. IV. 1. § 1.; Schol. ad leg. 1. Basil. lib. LX. tit. 12. Non vi è alcuna ragione di comprendere, come ordinariamente si fa, il *furtum rei propriae* sotto il *furtum possessionis.* Marezoll nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. p. 284. seg.; *Bucholz* tratt. civ. Königsb. 1833. n. 26. In modo al tutto singolare nella L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) viene anche chiamato *furtum possessionis*, quando alcuno si appropria una cosa altrui che attualmente non è posseduta da niuno, p. es. le cose dell'*hereditas jacens*, ovvero le cose smarrite.

(15) L. 21. pr. § 5. D. *de furt.* (47. 2.)

conseguenza se per una distrazione furtiva di un pezzo di una cosa immobile si commettesse un *furtum rei immobilis* (16), il che menò anche a questo, che alcuni vollero considerar come furto anche l'alienazione di un immobile da parte di un ingiusto possessore (17). Ma finalmente si prese il partito di ritenere per rubata solo la parte effettivamente sottratta (18), e con ciò dovè anche escludersi l'opinione che si potesse commetter furto di un immobile (19). Ma oltre delle cose mobili anche gli uomini liberi possono essere objetto di un furto, in quanto però sieno sotto la potestà di un altro, ed a questo vengano sottratti (20). Dal furto risultano due diverse *obligationes* s. *actiones ex maleficio*, nelle quali, secondo un'antica *lex Hostilia* al tempo delle *legis actiones*, ciascuno potea intervenire a rappresentare il derubato allorchè questi era prigione del nemico, o assente per affari dello Stato (21).

1.° La *condictio furtiva* (22), la quale veramente è solo *persecutoria rei*, giacchè tende semplicemente alla restituzione della cosa rubata o del suo valore, ed al risarcimento di tutto il danno cagionato dal furto (23), ma non per tanto a buon diritto vien detta un'azione introdotta *odio furum* (24); imperocchè tende a rendere il ladro assolutamente responsabile pel furto, o che ne abbia tratto vantaggio o no (25). La stessa perdita della cosa per avvenimento fortuito non libera il ladro, giacchè egli si reputa fin dal principio *in mora restituendi* (26), e quindi tanto meno può liberarlo una semplice trasformazione del la medesima (27). Di più allorchè la cosa non si può restituire, deesi pagare il maggior valore, che la medesima ebbe dopo il

(16) Secondo Gell. XI. 18. Masurio Sabino sosteneva questa opinione.

(17) L. 38. D. *de usurp.* (41. 3.) § 7. J. *de usucap.* (2. 6.); Caj. II. 51.

(18) L. 21. pr. § 5. 6. 8. L. 22. § 1. L. 59. D. *de furt.* (47. 2.)

(19) L. 25. L. 53. § 8. D. *eod.*; Isidori Orig. V. 26., e i luoghi citati nella Nota 17.

(20) Caj. III. 119.; § 9. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 14. § 13. L. 38. L. 39. D. *de furt.* (47. 2.

(21) Pr. J. *per quos agere poss.* (4. 10.)

(22) Quest'azione nella L. 14. § 16. L. 71. D. *eod.* inesattamente chiamasi anche *actio furti.*

(23) L. 3. L. 7. § 1. 2. L. 8. § 2. L. 16. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(24) Caj. IV. 4.; § 14. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. D. *usufruct. quemadm. cav.* (7. 9.)

(25) § 19. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.)

(26) L. 47. pr. D. *de furt.* (47. 2.) L. 9. C. *eod.* (6. 2.) L. 8. pr. § 1. L. 17. L. 20. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 2. C. *eod.* (4. 8.)

(27) L. 13. L. 14. § 2. 3. D. *eod.*

furto (28). Nondimeno anche al ladro si debbono compensare le spese utili (29). Se son più i ladri, tutti sono solidalmente responsabili (30); ma gli eredi del ladro non son tenuti che a parti proporzionate, ed in generale solo in quanto alla morte del ladro la successione se ne trovava arricchita (31); e contro coloro che hanno semplicemente assistito il ladro quest' azione non ha luogo (32). È indifferente in che modo siasi commesso il furto; segnatamente quest' azione è ammissibile anche nella rapina (33), e per una singolare estensione, anche nella espulsione violenta di alcuno dal possesso di un fondo, sebbene qui non si riconosca alcun furto (34). D' altra parte essa compete soltanto al proprietario ed a'suoi eredi (35), e non già ad altri che pel furto abbiano altramente patito (36). Solo il creditore pignoratizio, a cui siasi rubato il pegno, ha parimente il dritto di valersi della *condictio* (37), ma nondimeno allorchè egli agisce contro il proprietario, ed il pegno non gli viene restituito, non può richiedere il valore della cosa, ma semplicemente l' ammontare del suo credito (38), con che il credito stesso ne rimane estinto (39). Se il derubato ricupera

(28) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 3. D. *de cond. tritic.* (13.3.) L. 29. D. *rer. amot.* (25.2.)
(29) L. 13. D. *de cond. furt.* (13. 1.)
(30) L. 1. C. *eod.*
(31) L. 2. L. 5. L. 7. § 2. L. 9. D. *eod.* L. 1. pr. D. *de priv. del.* (47. 1.) L. 3. C. *rer. amot.* (5. 21.). Per verità è molto controverso se anche qui gli eredi sieno responsabili solo per quanto si siano arricchiti *W. Franke* Agginnte n. 1. § 4.; ma l'analogia dell' *atcio rerum amotarum* secondo la L. 3. C. cit. a me pare decisiva, quantunque gli altri testi allegati comportino una diversa interpetrazione.
(32) L. 5. L. 6. D. *de cond. furt* (13. 1.)
(33) L. 10. § 1. D. *eod.*
(34) L. 25. § 1. D. *de furtis* (47. 2.) L. 2. D. *de cond. tritic.* (13. 3.)
(35) L. 1. L. 10. § 2. 3. L. 11. D. *de cond. furt.* (13. 1.). S' intende da sè che i tutori ed i *bonae fidei possessores* sono eguagliati al proprietario L. 58. § 4. D. *de furt.* (47. 2.) L. 136. D. *de R. J.* (50. 17.)
(36) L. 12. § 5. D. *de usufr.* (7. 1) L. 14. § 16. D. *de furt.* (47. 2.)
(37) L. 12, § 2. D. *de cond. furt.* (13 .1) L. 22. pr. D. *de pign. act.* (13.7.) L. 89. D. *de furt.* (47. 2.)
(38) L. 21. § 3. D. *de pignor.* (21. 3.)
(39) L. 30. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 51. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 3. § 1. L. 38. § 17. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 57. D. *de R. J.* (50. 17.). Il dubbio, che Ulpiano nella L. 22. § 1. D. *de pign. act.* (13. 7.) deduce dall' *actio quod metus causa*, non è fondato, imperciocchè quest' azione è un' *actio mixta*, e le *actiones mixtae* sotto più rigoardi son trattate come *merae poenales* (§ 61. Nota 4.); ma le pene pecuniarie, che il creditore ha ricevute non sono affatto da imputare sul credito L. 15. L. 81. D. *de furt.* (47. 2.) L. 74. D. *de solut.* (46. 3.) L. 22. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 6. D. *ne quis eum qui in jus voc.* (2. 7.). Intorno alle altre opinioni veggasi *Gluk* sistema delle Pand. vol. XIV. p. 147. seg.

le cose o ne riceve il paga mento , cessa la *condictio* (40) , e lo stesso è quando il ladro gli abbia offerto la restituzione , ed egli abbia ricusato (41) , o quando sia cessata la sua proprietà sulla cosa (42) , o quando abbia fatto una novazione (43) , ovvero abbia rimesso il debito (44).

2.° L'*actio furti*, la quale è puramente penale (45) ed infamante (46), e si suddivide in *actio furti manifesti* e *nec manifesti* , secondo che siasi preso il ladro sul fatto stesso o almeno nel portar via le cose , o no (47). *L' actio furti nec manifesti* già fondata nelle dodici Tavole , e però appartenente alle azioni civili tende solo al pagamento del doppio come pena (48). Pel *furtum manifestum* le dodici Tavole (le quali permettevano anche di uccidere il *fur manifestus* quando egli si difendeva con armi , o quando era sorpreso di notte in una casa) stabilirono una pena capitale , giacchè il ladro dovea divenire schiavo del derubato ; ma l' Editto del Pretore vi sostituì in vece *l' actio furti manifesti* tendente al pagamento del quadruplo (49). Ma qui l' unità sulla quale si computa il doppio o il quadruplo , pel proprietario è il valore della cosa ed inoltre l' ammontare del danno positivo cagionatogli dal furto (50) , per gli altri , l' ammontare del loro interesse. *L' actio furti* ha una applicazione molto più estesa che la *condictio furtiva* ; imperocchè essa non solo si dà contro tutti coloro che han preso parte al furto come autori o come assistenti, senza che il pagamento di uno li-

(40) L. 9. § 1. D. *de furt.* (47. 2.) L. 10. pr. L. 14. § 2. D. *de cond. furt.* (13. 1.)

(41) L. 8. pr. L. 17. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(42) L. 10. § 2. 3. L. 11. L. 12. D. *eod.*

(43) L. 17. D. *eod.*

(44) L. 7. § 13. 14. L. 17. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 53. § 26. D. *de furt.* (47. 2.)

(45) § 19. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 7. § 1. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 56. § 3. D. *de furt.* (47. 2.)

(46) L. 1. D. *de his qui not. infam.* (3. 2.)

(47) Caj. III. 183-185. 194.; Gell. XI. 18.; Paul. S. R. II. 31. § 2. ; § 3. J. *de obl. quae ex del.* (4.1.) L. 2-8. D. *de furt.* (47. 2.); Collat. VII. 5. § 3.

(48) Caj. III. 190.; § 5. J. *eod.*; Cato de R. R. in praefat.; L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.); Festo p. *Nec* Confr. con la p. *Adorare.*

(49) Caj. III. 189. IV. 111. 173.; Gell. XI. 18.; Serv. ad aeneid. VIII. V. 205.; Collat. VII. 1-4. ; Isidori Orig. V. 26.; Macrob Saturn. I. 4.; pr. J. *de perpet. et temp. act.* (4. 12.); Theoph. IV. 12. pr.; § 5. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 47. § 2. L. 56. § 2. D. *de furt.* (47. 2.)

(50) L. 27. L. 32. pr. L. 51. pr. L. 69. § 1. 2. L. 73. § 1. L. 78. § 1. L. 82. § 1. L. 84. § 3. D. *eod.*

beri gli altri, dovendo ciascuno pagar la sua pena (51), ma compete eziandio a tutti coloro che il furto ha danneggiati, o che per effetto dell'obbligazione alla custodia o per altre ragioni portano il pericolo della cosa (52), presupposto, che il loro interesse non poggi sopra una causa turpe (53), e che *in concreto* non siano stati liberati dal rischio, per la qual ragione anche lo stesso proprietario non può intentare *l'actio furti*, quando un altro gli dev'esser garante per la cosa (54). Da ciò si fa chiaro che l'azione per un medesimo furto può incontrarsi più volte e per una pena molto diversa (55). Per il creditore pignoratizio derubato la pena, che egli non è tenuto in nessun caso d'imputare sul suo credito, è diversa secondo il ladro; giacchè se l'oppignoraute istesso ha rubato la cosa, l'interesse del creditore che si prende a base è l'ammontare del debito, ma se il ladro è un altra persona, l'interesse del creditore è il valore del pegno (56). L'*actio furti* passa assolutamente agli eredi, ma contro gli eredi non ha luogo come quella che è un'*actio poenalis* (57), e la rinunzia esclude interamente l'azione (58), mentre poi non si ha riguardo che le cose rubate siano state ricuperate (59). Ma a lato all'*actio furti manifesti e nec manifesti* ci ha nel dritto antico una moltitudine di speciali *actiones furti*, le quali tutte sono infamanti (60). 1) L'*actio furti concepti* che le dodici Tavole davano pel triplo contro colui, presso del quale dopo una ricerca fatta nelle forme legali, le cose rubate si erano rinvenute (61). 2) L'*actio furti prohibiti*

(51) § 11. 12. J. *eod.* L. 34. L. L. 35. L. 36. L. 51. § 1-4. L. 52. L. 53. pr. § 19. L. 56. § 4. D. *eod.* L. 53. § 2. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 12. L. 20. C. *de furt.* (6. 2.); Caj. III. 202.; L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (26. 7.)

(52) § 13-16. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. pr. § 2. L. 14. § 1-4. 8-17. L. 47. § 1. 3. 4. L. 73. § 1. L. 87. D. *de furt.* (47. 2.); Caj. III. 203-207.; Paol. II. 31. § 17. 30.

(53) L. 11. L. 12. § 1. L. 14. § 3. L 78. § 1. D. *eod.*

(54) § 15. J. *eod.* L. 12. pr. L. 14. § 10. L. 47. § 1. 4. D. *eod.* Nondimeno nel comodato Giustiniano permise al proprietario di abbandonare il suo dritto al risarcimento contro il comodatario, ed intentare invece l'*actio furti* contro il ladro, il che prima era controverso L. 22. C. *eod.* (6. 2.)

(55) L. 47. § 1. 4. 5. D. *eod.*

(56) L. 89. L. 81. L. 15. pr. D. *eod.* L. 46. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 74. D. *de solut.* (46. 3.) L. 22. pr. D. *de pign. act.* (13. 7.)

(57) L. 1. pr. § 1. D. *de priv. del.* (47. 1.); Paul. II. 31. § 6.

(58) L. 17. § 1. D. *de pact.* (2. 14.) L. 13. C. *de furt.* (6. 2.)

(59) L. 12. C. *eod.*; Paul. II. 31. § 13. Il § 14. ivi, che apparentemente sta in contradizione, devesi riferire alla *condictio furtiva.*

(60) Collat. VII. 5. § 1.; Paul. II. 31. § 15.

(61) Caj. III. 186. 191.; Paul. II. 31. § 5.; Collat. VII. 5. § 3. 5.; 4. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.)

contro colui che non avea tolerato che si facesse nella casa una legittima ricerca delle cose rubate. Nelle dodici Tavole questo veniva agguagliato al *furtum manifestum*, e quindi secondo l'Editto del Pretore anche qui vi fu sostituita la pena del quadruplo (62). Ma intorno alla forma della ricerca della casa le dodici Tavole aveano adottata la disposizione, che si pretende esser tolta in prestito dagli Ateniesi, cioè che colui il quale faceva la ricerca dovesse esser nudo, cinto di una semplice fascia, *licium*, e con un piatto, *lanx*, nelle mani, recare con sè tre testimoni ingenui, ed indicare e descrivere esattamente la cosa che ricercava (63); nondimeno la prescrizione sulla fascia e sul piatto, da cui era derivata l'espressione *furtum lance et licio conceptum* per la cosa ritrovata col mezzo di una ricerca fatta legalmente nella casa dovè ben presto come cosa inutile cadere in disuso (64). 3) L'*actio furti oblati*, azione mista da parte di colui, presso il quale erasi malignamente introdotta una cosa rubata, contro l'autore del fatto per conseguire la cosa o il suo valore, ed il triplo di più per pena (65). Da ultimo 4) l'*actio furti non exhibiti* introdotta nell'editto del pretore contro colui che non volea spontaneamente consegnare una cosa rubata trovata presso di lui, il cui oggetto però non ci è indicato (66). Nei Giureconsulti classici, ed anche nella *collatio legum Mosaicarum et Romanarum* appariscono queste speciali *actiones furti* come tuttora in voga; ma al tempo di Giustiniano esse di già non erano più in uso, senza che sia manifesta una ragione sufficiente di cotal disposizione (67). Per contrario si mantenne il principio, il quale s'incontra già in Ulpiano, che invece d'intentar l'*actio furti*, sia permesso di provocare per via di accusa una punizione criminale (68).

(62) Caj. III. 188-192. 194.: Gell. XI. 18 ; § 4. J. cit.; lex Rom. Burg. tit. 12.

(63) Caj. III. 192. 193.; Festo p. *Lance et Licio*; Gell. XI. 18. XVI. 10. ; Paul. II. 31. § 22.; lex Rom. Burg. l. c.

(64) Caj. l. c.; Gell. l. c. Se le dodici Tavole avessero già parlato del *furtum lance et licio conceptum*, io di accordo con *Christiansen* Storia del dritto p. 182. terrei per verisimile che ciò sia stato non altro che un modo di dire figurato, che più tardi non fu più compreso. Ma secondo Cajo l. c. , il quale come comentatore delle dodici Tavole dovea conoscerle , la cosa va al contrario; giacchè le dodici Tavole espressamente parlavano della fascia e del piatto, e quindi da ciò quel modo di dire posteriormente fu preso.

(65) Paul. II. 31. § 3. 5. 14.; Collat. VII. 5. § 4. 6.; § 4. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.); Caj. III. 187.

(66) § 4. J. cit. Probabilmente qui l'interesse poteva esser valutato col *juramentum in litem*.

(67) La ragione allegata nel § 4. J. cit. che la forma antica della perquisizione della casa non fosse più in uso è manifestamente disadatta ed insufficiente.

(68) L. 94. D. *de furt.* (47. 10.)

B. Furti che per legge si distinguono dagli altri (qualificati).

§ 286. Parecchi furti per diverse cagioni sono per legge trattati in un modo che si allontana alquanto dalle ordinarie regole.

1.° Di già nel dritto civile antico s'incontrano dei casi, nei quali le azioni nascenti dal furto non han luogo. A questi appartengono 1) i furti da parte di coloro che stanno sotto la potestà del derubato. Se vi sono de' complici in tali furti, questi possono assolutamente esser convenuti secondo le ordinarie regole con la *condictio* furtiva del pari che con *l'actio furti*; ma per gli *homines alieni juris* queste azioni non hanno veruna applicazione (1); ancora è quì da notare la particolare restrizione, che gli *homines alieni juris* come detentori del loro *paterfamilias* non possono per la *contrectatio* acquistare a sè medesimi il possesso (2). 2) I furti, di cui si rendono colpevoli le nuore verso i suoceri, pei quali parimenti cessano le azioni di furto, in quanto il marito si trovi tuttavia nella potestà del padre (3). 3) I furti, che i liberti, clienti, e servitori mercenari commettono contro i loro patroni o i loro committenti, pei quali almeno *l'actio furti* non è ammessibile contro di loro (4). 4) I furti tra conjugi, pei quali parimenti le azioni di furto non possono ammettersi se non contro gli altri complici. Nell'antica *in manum conventio* ciò potevasi, per la natura del rapporto, riferir soltanto ai furti della moglie, e questo era indubitatamente una semplice derivazione del principio, che la moglie era in potestà del marito (5). Ma la esclusione delle azioni di furto tra conjugi fu estesa eziandio al libero matrimonio, ed applicata ad amendue i conjugi (6), con la sola eccezione che quando la sottrazione aveva avuto luogo per aspettativa del divorzio, poteva intentarsi la *condictio* furtiva, ma sotto il nome più mite di *actio rerum amotarum* (7), e quando il furto erasi commesso prima del

(1) L. 16. L. 17. pr. D. *de furtis* (47. 2.) L. 52. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(2) L. 15. L. 40. pr. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 33. § 6. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(3) L. 15. § 1. D. *rer. amot.* (25. 2.). Senza dubbio ciò ha origine dell'antica *in manum conventio*, in cui il suocero, quando il figliuolo stava tuttora sotto la sua potestà, era il vero possessore della *manus* sopra la nuora.

(4) L. 91. D. *de furt.* (47. 2.)

(5) L. 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.) L. 5. D. *de expil. hered.* (47. 19.) L. 17. C. *de furt.* (6. 2.)

(6) L. 6. § 2. L. 7. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.). Non si oppone la L. 25. D. *eod.* in cui si intende parlare non già della *condictio furtiva*, ma della *condictio sine causa.*

(7) L. 3-7. L. 11. pr. L. 21. L. 23. L. 25. L. 26. L. 30. D. *eod.* L. 36. D. *de O. et A.* (44. 7.). È singolare che l'*actio rerum amotarum*, sebbene annoverata tra le

matrimonio, almeno la *condictio furtiva* poteva aver luogo, ma non già anche l'*actio furti* (8). 5) Le sottrazioni da un'eredità non ancora adita. Secondo l'antico dritto era pienamente permesso di prender cose da una *hereditas jacens*, anzi queste cose si usucapivano in un anno mediante la così detta *usucapio lucrativa pro herede*, senza riguardo a buona fede (9). Per certo fino a questo termine siffatte cose potevano dagli eredi esser reclamate con la *hereditatis petitio*, con la *rei vindicatio*, e con l' *actio ad exhibendum* (10), ma non si trattava già di azioni di furto (11), e tanto meno si dava luogo ad altra punizione. Ma più tardi il dilapidamento della eredità *expilatio hereditatis* divenne illegittimo. Da prima l' Editto del Pretore diede un' azione pel doppio contro il liberto manomesso dal testatore per testamento, allorchè questi, prima che l' eredità fosse adita dagli eredi, avea sottratto o danneggiato qualche cosa ereditaria (12). Di poi Adriano rigettò l'*usucapio lucrativa pro haerede*, salvo contro i semplici eredi necessarii (13), ed infine un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio stabilì generalmente una pena criminale per chiunque commetta furto su di una eredità (14). Intanto il principio, che qui cessano le azioni di furto, fu sempre conservato (15), e per coloro, i quali per qualche altra ragione son liberati dall' *actio furti*, non ha neppure applicazione la pena criminale della *expilatio hereditatis*. (16). 6) L' edificare con materiale altrui, *tigna*, ed il servirsi del legname altrui per farne pali da vigne. In questo caso non solo le dodici Tavole per favore degli edifizii e della cultura delle vigne esclusero la revindicazione e l'*actio ad exhibendum* finchè l' edifizio sussisteva, e i pali erano adoperati (17), mentre dal-

condictiones, pure ammetteva il *juramentum in litem* L. 8. § 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.)

(8) L. 3. § 2. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.)

(9) Caj. II. 52-56.; L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 1. D. *pro herede* (41. 5.) V. § 168. Nota 14.

(10) L. 22. § 1. D. *de act. rer. amot.* (25. 2.) L. 3. D. *expilatae hered.* (47. 19.)

(11) L. 2. § 1. L. 6. D. *eod.* L. 70-72. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) L. 6. C. *expil. her.* (9. 32.)

(12) L. 1. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.)

(13) Caj. II. 57. 58.; L. 1. C. *de usuc. pro herede* (7. 29.)

(14) L. 1. D. *expil. hered.* (47. 19.) L. 6. C. *eod.* (9. 32.) Confr. L. 3. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(15) V. i testi citati nella Nota 13.

(16) L. 5. D. *expil. hered.* (47. 19.) L. 17. C. *de furt.* (6. 2.) L. 2-4. C. *expil. hered.* (9. 32.). Non si oppone la L. 6. C. *eod.*

(17) V. § 161. Nota 52.

l'altro lato per verità cessava anche l'usucapione (18), ma non potevano neppure intentarsi le azioni di furto, poco importando se quelle cose fossero state prese per errore, o maliziosamente involate, ma in loro vece si potea fare uso soltanto dell' *actio de tigno juncto* pel doppio del valore (19). Nondimeno in caso di furto la proprietà del derubato continuava anche dopo il pagamento del doppio (20).

2.° Per opposto ai casi fin qui dichiarati ce ne ha di quelli, in cui il furto dà luogo ad azioni, che sono al derubato di un vantaggio maggiore che le ordinarie azioni di furto: 1) l'*actio vi bonorum raptorum*(21). Quest' azione introdotta per un Editto del noto Lucullo in seguito della non sicurezza e della violenza che era divenuta frequente, e per la quale dovea seguire una spedita decisione per mezzo di recuperatori (22), si riferisce propriamente soltanto al caso che malvagiamente

(18) L. 23. pr. § 2. L. 30. § 1. D. *de usurp.* (41.3.)

(19) L. 1. pr. § 1. D. *de tigno juncto* (47. 3.) L. 6. L. 7. pr. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 62. D. *de V. S.* (50. 16.). Festo p. *Tignum.* Nondimeno in caso di dolo può anche l'*actio ad exhibendum* intentarsi pel risarcimento, come quando il convenuto *dolo possidere desiit* L. 23. § 6. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 1. § 2. D. *de tigno juncto* (47. 3.)

(20) L. 2. D. *eod.* § 29. J. *de rer. div.* (2. 1.)

(21) *Huschke de act. vi bon. rapt.* in Imm. *Huschki* Anal. *Literar.* T. 1. n. 1.

(22) Cic. Fragm. orat. pro Tullio. « judicium vestrum est... cum spem difensionis nullam reliquisset. Iudicium vestrum est, Recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii vi hominibus armatis coactis vi damnum factum esse M. Tullio. Ejus rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; judicium datum est in quadruplum. Cum omnes leges omniaque judicia, quae paolo graviora atque asperiora videntur esse, ex improborum iniquitate et injuria nata sunt; tum hoc judicium, paucis hisce annis propter hominum malam consuetudinem, nimianque licentiam, constitutum est. Nam cum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse, caedesque facere, cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum, sed etiam ad summam rempublicam pertinere videretur, M. Lucullus, qui summa aequitate ac sapientia jus dixit, primus hoc judicium composuit, et id spectavit, ut omnes ita familias suas continerent, ut non modo armati damnum nemini darent, verum etiam lacessiti jure se potius quam armis defenderent. Et cum scirent de damno legem esse Aquiliam, tamen hoc ita existimavit, apud majores nostros cum et res et cupiditates minores essent, et familiae magnae magno metu continerentur, ut perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium et singulare facinus putaretur, nihil opus fuisse judicio de vi coactis armatisque hominibus. Quod enim usu non veniebat, de eo si quis legem aut judicium constitueret, non tam prohibere videretur, quam admonere. His temporibus cum ex bello diuturno atque domestico res in eam consuetudinem venisset, ut homines minore religione armis uterentur, necesse putavit esse in universam familiam judicium dare, quod a familia factum diceret jure; et Recuperatores dare, ut quamprimum res judicaretur et poenam graviorem constituere, ut metu comprimeretur audacia; et illam latebram tollere, damnum, *injuria si absit inferri posse:* ut privati ipsi statuerent quo tempore possent suo jure arma capere, manum

e con violenza sieno commessi danni e ruberie da genti riunite insieme a questo fine, *hominibus coactis* (23), e tra lo spazio di un anno si dà pel quadruplo, ma di poi pel semplice valore della cosa danneggiata o rubata, e non già di tutto l'interesse (24). Ma nel quadruplo si comprende la prestazione del risarcimento, e però l'azione appartiene alle *actiones mixtae* (25), sebbene alcuni Giureconsulti Romani fossero di altro avviso (26); e di più quest'azione in tanto vien riguardata come interamente penale, in quanto che non ha luogo contro gli credi (27). Dall' altra parte quest' azione può intentarsi non solo contro il promotore che ha raccolto insieme la gente, ma anche contro tutti coloro, che vi han preso parte, ed eziandio per quei danni che provengono da altri complici (28), e compete eziandio agli eredi di chi ha patito il danno (29). Siccome la rapina non è che una specie del *furtum*, così nel caso di rapina quest' azione concorre con le azioni di furto (30), anzi si dà anche *utiliter* per la semplice rapina senza riunione di persone (31), eccetto quando siasi solamente presa una cosa propria (32). Intanto nella rapina essa non è d'importanza se non quando mancano le condizioni del furto manifesto (33). Del resto è indifferente se le cose appartengano o no a colui che ha patito la rapina (34); e la restituzione delle cose non toglie il dritto dell' azione (35). 2) Le sottrazioni e i danneggiamenti in tempo di pericolo. Contro colui che in un incendio, in una rovina di case, in un naufragio, o nella preda di un bastimento rapisce qualche cosa o maliziosamente la occulta, o ar-

cogere, homines occidere. Cum judicium ita daretur, ut hoc solum in judicium venire videretur, ne vi hominibus coactis armatis vi damnum dolo malo familiae datum, neque illud adjecit INIURIA; putavit se audaciam improborum sustulisse, cum spem defensionis nullam reliquisset. »

(23) Cic. l. c.; pr. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.) L. 2. pr. § 1-9. 18. D. *eod.* (47. 8.)

(24) Caj. III. 209.; L. 2. pr. § 13. D. *eod.* L. 4. C. *de nox. act.* (3. 41.)

(25) Pr. J. *de vi bon. rapt.* (4. 2.) § 19. J. *de act.* (4. 6.)

(26) Caj. IV. 8.

(27) L. 2. § 27. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

(28) L. 2. § 2. 3. 12. D. *eod.*

(29) L. 2. § 27. D. *eod.*

(30) L. 10. § 1. D. *de cond. furt.* (13. 1.) L. 82. § 3. 4. L. 90. D. *de furt.* (47. 2.) L. 1. L. 2. § 10. 23. 26. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 1. § 2. D. *de cond. trit.* (13. 3.)

(31) Caj. III. 209.; L. 2. § 11. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.)

(32) L. 2. § 18. D. *eod.* § 1. J. *eod.*

(33) Per es. contro l'autore morale del furto, il quale non è mai tenuto come *fur manifestus* L. 83. § 4. D. *de furt.* (47. 2.)

(34) L. 2. § 22. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) § 2. J. *eod.*

(35) L. 5. D. *eod.*

reca danno è parimente data nell' Editto del Pretore un' *actio mixta*, la quale tra un anno tende al quadruplo, ma di poi al semplice (36); ed anche contro gli eredi del colpevole non compete se non in quanto se ne sieno arricchiti (37). Non è poi una singolarità che si possa intentar quest'azione contro i padroni, allorchè gli schiavi si sieno resi colpevoli di un tale delitto(38); imperocchè qui è senza dubbio ammessa la *noxae datio*. Ma è al tutto singolare la prescrizione di un Senatoconsulto sotto Claudio, che chi in un naufragio abbia sottratto solo una piccolissima cosa, si debba riguardare come se avesse preso tutto quello che in questa occasione fu sottratto, come pure la prescrizione di un altro Senatoconsulto, che l' autore, oltre a quello a cui per l' azione pretoria è tenuto, debba pagare un altrettanto al Fisco (39). Inoltre parte da questo Senatoconsulto, e parte da costituzioni posteriori sono anche stabilite delle pene criminali per coloro, che per loro frode han procurato il naufragio o che in quella occasione han commesso furto(40).

3.° Da ultimo ci ha anche più casi di rapine e di furti, nei quali o cessa *l' actio furti*, e si fa luogo soltanto alle pene criminali, o insieme coll'*actio furti* si dee applicare eziandio una pena criminale(41). Ma una più ampia esposizione dei particolari intorno a ciò appartiene assolutamente al dritto criminale.

8) *Danni ingiusti.*

A. *Lex Aquilia.*

§ 287. Il danno ingiusto ed imputabile a colpa, che si arreca alle cose o alle persone altrui, vien detto in preferenza *damnum injuria datum*, danneggiamento ingiusto. Di già il dritto Romano antico conteneva sopra ciò parecchie disposizioni, delle quali ci son note le seguenti: 1) secondo una legge attribuita al Re Numa Pompilio chi colposamente uccideva un uomo libero dovea pagare per espiazione ai figliuoli di lui un montone bianco (1). 2) Secondo le dodici Tavole per

(36) L. 1. L. 2. L. 3. L. 5. L. 3. L. 6. L. 7. D. *de incend.* (47.9.)
(37) L. 4. § 2. D. *eod.*
(38) L. 1. pr. D. *eod.*
(39) L. 3. § 8. D. *eod.*
(40) L. 3. § 8. L. 4. § 1. L. 7. D. *eod.*
(41) Segnatamente il *sacrilegium*, il *peculatus*, l'*abigeatus*, il furto con frattura etc.
(1) Servio ad Virgil. Eclog IV. V. 43., ad Georg. lib. III. v. 387. ; Festo p. *Subjici*, e p. *Subjicere*. L'omicidio doloso secondo la stessa legge era *parricidium*, e si puniva di morte. Festo p. *Parricidii quaestores*.

un osso rotto, *os fractum*, per un uomo libero si doveano pagare trecento assi, ma per uno schiavo centocinquant' assi, e per le altre offese di membra nelle libere persone, *membrum ruptum*, si ammetteva la pena del taglione, il che pare non essersi riferito soltanto alle lesioni volontarie, ma anche al caso della colpa (2). 3). Pel danneggiamento di cose mediante un' azione corporale sulle medesime, *rupitias* per regola doveasi, secondo le dodici Tavole, prestare il semplice risarcimento del danno (3). 4) Ma chi dolosamente recideva alberi o boscaglie altrui era secondo le dodici Tavole soggetto all' *actio arborum furtim caesarum* portante una pena di venticinque assi per ogni albero o arbusto tagliato (4). 5) Chi occultamente di notte facea pascolare o mieteva le biade altrui, dovea secondo le dodici Tavole non solamente pagare il doppio del valore, ma oltre a ciò, se era pubere, dovea essere impiccato in onore di Cerere, e se impubere, dovea esser punito ad arbitrio del Magistrato (5). 6) Chi facea uso d'incantesimi per guastare i frutti altrui, *fruges excantavit* (6), o per attirarli sulla sua terra, *segetes vel fructus pellexit* (7), era parimenti minacciato dalle dodici Tavole di danni e pene particolari, delle quali non abbiamo precisa notizia (8). 7) È verisimile che le dodici Tavole contenessero eziandio la disposizione, che chi appiccasse il fuoco ad edifizi o mucchi di grano in prossimità di edifizii, nel caso di dolo fosse condannato a morire nel fuoco, ma nel caso di colpa, soltanto a risarcire il danno, e se ciò non potesse, a soffrire anche una lieve punizione (9). 8) A ciò si possono anche aggiungere le disposizioni delle dodici Tavole sull' *actio aquae pluviae arcendae*, imperocchè queste per certo riguardavano anche, anzi principalmente il caso che un possessore di fondi per una immutazione che avesse fatta al corso dell'acqua, avesse danneggiato il

(2) V. 384. § Nota 20. e 21. I testi quivi citati parlano in generale.

(3) Festo p. *Rupitias*, e p. *Sarcito*. La notizia che si trova presso Varrone de R. R. II. 5. che gli antichi avessero imposto la pena di morte per l'uccisione d' un bue, pare che non si riferisca a Roma.

(4) Plin. H. N. XVII. 1.; L. 7. § 6. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.) Confr. con L. 1. L. 11. D. *eod.* L. 28. § 6. D. *de jurejur.* (12. 2); Caj. IV. 11.

(5) Plin. H. N. XVIII. c. 3. Confr. L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

(6) Plin. H. N. XXVIII. 2.; Seneca natur. quaest. IV. 7.

(7) Serv. ad Virg. Eclog. VIII. v. 99; Plin. H. N. XXX. 1.; Apulejus Apolog. I. p. 304. ed. Elmenhorst.

(8) Augustinus de civitate Dei VIII. 19.

(9) L. 9. D. *de incendio* (47. 9.). Questo passò è di Cajo lib. IV. ad leg. XII. Tabularum.

suo vicino (10). Questi antichi principii per ciò che avea riguardo alle cose (11), furono aboliti dalla *lex Aquilia*, plebiscito probabilmente del Sesto Secolo di Roma (12), ed in cambio questa legge introdusse una nuova azione, *l'actio legis Aquiliae*, che appartiene alle azioni miste (13), giacchè essa in prima tende al ristoro del danno arrecato, così del negativo, purchè sia certo, come del positivo (14), ma nel tempo istesso ed in doppia maniera può portare una pena privata, parte perchè la negazione del danneggiamento, se questo venga provato, produce la conseguenza di doversi pagare il doppio valore (15), parte perchè l'attore può valutare il danno in un modo speciale che oltrepassa il vero interesse. Se sieno stati uccisi degli schiavi o animali quadrupedi, *quadrupedes pecudes*, l'attore, secondo il primo capo della *lex Aquilia*, può valutarli al maggior valore che lo schiavo o l'animale si ebbe nell'ultimo anno precedente (16), e per gli altri danneggiamenti, secondo il capo terzo della legge, almeno al maggior valore che la cosa si ebbe negli ultimi trenta giorni (17). A cagione di questa indiretta punizione del colpevole, l'azione per rapporto alla trasmissione agli eredi, ed alla obbligazione solidale di più colpevoli vien riguardata come un'azione penale (18). È poi indifferente se il dannegiamento provenga da dolo o da colpa (19), ma piuttosto è sufficiente la più lieve colpa (20). Di più non è di ostacolo all'*actio legis Aquiliae* che per una data lesione sieno fondate più azioni, e però essa si ammette eziandio nei rapporti di obbligazione (21), anche in quei, nei quali l'azione del contratto non può

(10) V. Sopra § 211.

(11) L. 1. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(12) V. la mia St. § 54. n. IV.

(13) § 19. J. *de act.* (4. 6.)

(14) Caj. III. 212.: L. 21. § 2. L. 22. L. 23. § 2-6. L. 29. § 3. L. 33. pr. D. *eod.* L. 1. § 16. D. *si quadrupes* (9. 1.)

(15) Caj. III. 216. L. 2. § 1. L. 23. § 10. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 4. C. *eod.* (3. 35.) Nov. 18. c. 8.

(16) Caj. III. 210. 214.; pr. § 1. 9. 10. 11. J. *eod.* L. 2. pr. § 2. L. 21. § 1. L. 23. § 3. L. 51. § 2. D. *eod.*

(17) Caj. III. 217. 218.; § 13-15. J. *eod.* L. 27. § 5. seg. L. 29. § 6. 8. D. *eod.*

(18) § 9. J. *eod.* L. 11. § 2. 4. L. 23. § 85. L. 51. § 1. 2. D. *eod.*; Confr. con § 19. J. *de act.* (4. 6.) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.)

(19) Caj. III. 211.; § 6-9. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(20) L. 44. D. *eod.* « In lege Aquilia et culpa levissima venit. » Questo è il solo luogo in cui trovasi l'espressione *culpa levissima*.

(21) L. 18. L. 19. L. 20. L. 27. § 9. 11. L. 42. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 16. § 5. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 13. pr. D. *locati* (19. 3.). Anzi dopo l'azione nascente dall'obbligazione è ammessa anche l'*actio legis*

essere intentata che a cagione di colpa grave (22), o a cagione di una colpa *in suis non consueta* (23), senza che queste limitazioni abbiano influenza sull'*actio legis Aquiliae* (24). Un rapporto di obbligazione esistente può fare soltanto che si considerino come legittime e per conseguenza esenti da colpa quelle azioni, che altrimenti conterrebbero un danno ingiusto (25), e la lesione dee in tutte le circostanze essere ingiusta perchè ne derivi l'azione Aquilia (26). Ma secondo la *lex Aquilia* l'azione presupponeva che il danno cadesse su di una cosa (27), che vi fosse un *corpore corpori damnum datum*, cioè che mediante un'azione corporale fosse seguito un danno reale della cosa (28), e che l'attore avesse la proprietà sulla cosa danneggiata (29), e quindi l'*actio legis Aquiliae directa* non era fondata se non allorchè concorrevano questi requisiti (30). Ma di poi che nell'Editto del Pretore fu permesso d'intentare quest'azione come *actio in factum*, essa ottenne una più estesa applicazione (31). Imperocchè l'azione in questa forma viene anche am-

Aquiliae per tutto ciò che il risarcimento in quest' azione supera ciò che con quella si può ottenere L. 7. § 1. D. *commod.* (13. 6.) L. 34. pr. § 2. L. 41. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7,) L. 2. § 3. D. *de privat. del.* (47. 1.)

(22) L. 42. D. *ad. leg. Aquil.* (9. 2.) L. 18. § 1. D. *commod.* (13. 6.)

(23) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 47. § 1. D. *pro socio* (17. 2.)

(24) L. 10. pr. D. *comm. div.* (10. 3.) L. 13. pr. D. *de lib. causa* (40. 12.) L. 1. § 2. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.). Non si oppongono L. 1. § 1. D. *si mensor* (11. 6.) L. 18. § 3. D. *de donat.* (39. 5.) L. 41. § 1. D. *de re jud.* (42. 1.) L. 14. D. *de precar.* (43. 26.) L. 14. § 11. D. *de furt.* (47. 2.). Di altra opinione sono *Höpner* Commentar. § 1049.; *Schmidt* delle azioni ed eccezioni § 1206.; *Gensler* Observ. de culpa p. 23. seg.; *Thibaut* Pand. § 623., e nelle aggiunte pubblicate da *Braun* § 252. V. per contrario *Cocceji* jus controv. IX. 2. qu. 4.; *Gluck* Sistem. delle Pand. vol. X. p. 699.; *Schonmann* Manuale del dritto civ. vol. I. p. 165. seg.; *Lohr* Aggiunte alla teorica della colpa p. 167.; *Hasse* Culpa cap. 5. p. 170. seg.

(25) L. 15. § 1-3. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 27. § 29. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2) L. 54. § 2. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 36. D. *de R. J.* (50. 17.)

(26) § 2. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. § 3. 4. L. 11. pr. L. 28. L. 29. § 7. L. 30. pr. L. 45. § 4. L. 49. § 1. D. *eod.*

(27) L. 13. pr. D. *eod.* V. Nota 32.

(28) Caj. III. 219.; § 16. J. *eod.* L. 13. § 2. D. *de usufr.* (7. 1.)

(29) L. 11. § 6. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.). Nondimeno trattandosi di danno arrecato a cose ereditarie di già secondo la *lex Aquilia* ritenevasi come proprietario l'erede posteriore, ovvero il legatario, se le cose eran legate L. 13. § 2. 3. L. 14. L. 15. pr. L. 17. § 1. L. 34. L. 35. L. 36. pr. L. 43. D. *eod.* Anzi quest'ultimo anche allorchè il danno proveniva dall'erede L. 14. D. *eod.*, ma non già nel *legatum damnationis*, dal che si può spiegare la L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.), la quale in apparenza pare che sia in contradizione. V. Nota 40.

(30) § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(31) § 16. J. cit. L. 33. § 1. D. *eod.* L. 11. D. *praescr. verb.* (19. 5.)

messa quando un uomo libero abbia riportato il danno(32), quando l'attore non può dimostrare di aver sulla cosa se non un possesso di buona fede (33), ovvero non ha sopra di essa che un *jus in re* (34), ed in questo caso anche quando il danno provenga dal proprietario (35); inoltre quando il danno si è prodotto senza un'azione corporale sulla cosa, e quindi non *corpore* (36), da ultimo quando alcuno per sua colpa ha cagionata la perdita di una cosa senza arrecarle un danno propriamente detto, e quindi non vi è *damnum corpori datum* in senso stretto (37). Nondimeno in ciò ha il Giudice una più libera estimazione sull'applicabilità dell'azione, eccetto quando alcuno agisca a cagione di un danno riportato nella sua persona, o come possessore di un *jus in re*, a o cagione di un danno non cagionato immediatamente *corpore*, nei quali casi l'ammissibilità dell'azione per usanza rimane ferma, e quindi viene indicata come *utilis s. ad exemplum legis Aquiliae actio* (38), ed è anzi contrapposta all'*actio in factum* (39). Un semplice rapporto di obbligazione, nel quale alcuno si trovi relativamente alla cosa danneggiata non gli dà facoltà di promuovere l'azione Aquilia (40). Deve anche l'attore effettivamente aver patito un danno (41), e non essere egli medesimo in colpa (42), e pei danni che non consistono in una lesione o sottrazione di cose o di persone non è neppure applicabile l'*actio in factum legis Aquiliae* (43). Certamente la legge Aquilia nel secondo Capo avea

(32) L. 5. § 3. L. 7. pr. § 4. L. 13. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(33) L. 11. § 8. L. 17. pr. D. *eod.* Ma secondo l'ultimo pass o il *bonae fidei possessor* può anche agire contro il proprietario.

(34) L. 11. § 10. L. 12. L. 27. § 32. L. 30. § 1. D. *eod.*

(35) L. 12. L. 17. pr. D. *eod.*

(36) Caj. III. 219.; § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 27. § 10. L. 49. pr. L. 53. D. *eod.* L. 51. § 4. L. 52. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. § 20. 21. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 5. C. *ad leg. Aquil.* (3. 35.), Collat. *leg. Mos. et Rom.* XII. 7. § 5. 6. 7.

(37) § 16. J. *eod.* L. 9. § 2. 3. L. 11. § 1. 5. L. 27. § 14. 15. 21. 35. L. 29. § 5. L. 30. § 2. D. *eod.* L. 14. pr. § 2. L. 23. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 9. § 4. D. *ad exhib.* (10. 4.) L. 7. C. *eod.* (3. 42.)

(38) L. 13. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 11. § 10. L. 27. § 32. L. 30. § 1. D. *eod.* Caj. III. 219.; § 16. J. *eod.* L. 53. D. *eod.* L. 51. § 4. L. 52. D. *de furt.* (47. 2.) L. 2. § 20. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.) L. 3. § 1. L. 4. D. *de servo corrupto* (11. 3.)

(39) § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.)

(40) L. 11. § 7. 9. D. *eod.* L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.)

(41) L. 27. § 17. 25. 28. L. 36. § 1. L. 40. L. 41. pr. L. 54. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(42) L. 52. pr. § 1. D. *eod.* L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)

(43) Non si oppongono § 16. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 41. pr. D. *eod.* (9. 2.) L.

preso in considerazione anche il caso del tutto eterogeneo del danno che avveniva, allorchè un *adstipulator* faceva remissione del credito a danno del creditore principale, e per questo riguardo avea dato un'azione per indennità, per la quale parimente *lis infitiando crescebat in duplum* (44), ma Giustiniano la trasandò perchè era andata in disuso(45).

B. Casi specialmente distinti dalla legge.

§ 288. In più casi il danno ingiusto può per l'autore aver delle conseguenze più rigorose di quelle che procedono dall'azione Aquilia:

1.° L'*actio arborum furtim caesarum* introdotta nelle dodici Tavole (1), contro la prescrizione della *lex Aquilia*, la quale abolì tutte le antiche disposizioni sul *damnum injuria datum* rimase tuttavia in uso. Essa ha luogo contro coloro, i quali occultamente tagliano o fan tagliare (2) gli alberi e le piante altrui (3) o che abbiano o no intenzioned' involarli (4), e secondo la pratica più recente compete non solo al proprietario, ma ad ognuno, al cui patrimonio il fondo si appartiene, ma non già anche al possessore di un semplice *jus in re* (5). Ed in luogo dei venticinque assi, che originalmente in essa si doveano pagare (6), subentrò il pagamento del doppio valore degli alberi tagliati (7). Ma questo doppio valore si ritiene come una mera pena (8), e però se sono più i colpevoli tutti quanti debbono pagare la pena (9), e l'azione non può esser promossa contro gli eredi (10). Quest' azione che appartiene alle *actiones perpetuae* passa certamente agli eredi di colui, al quale compete (11), ma se sono più gli eredi o i comproprietarii, ciascuno non può richiedere che una parte proporzionata della pena (12). Se il proprietario

3. § 14. D. *ad exhib.* (10. 3.). Il primo testo si riferisce ai casi della Nota 36., i due ultimi all' *actio de dolo in factum.*

(44) Caj. III. 215. 216.

(45) § 12. J. *de lege Aquil.* (4. 3.) L. 27. §. 4. D. *eod.*

(1) V. § 287. Nota 4.

(2) L. 2-4. L. 7. § 2. 3. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.); Caj. IV. 11.

(3) L. 7. pr. § 4. 5. L. 8. § 1-3. D. *eod.*

(4) L. 7. § 1. L. 8. § 2. D. *eod.*

(5) L. 5. § 1-3. D. *eod.* L. 43. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.)

(6) Plin. H. N. XVII. 1.

(7) L. 7. § 7. L. 11. D. *arb. furt. caes.* (47. 7.)

(8) L. 6. § 1. L. 7. § 6. D. *eod.*

(9) L. 6. pr. § 1. D. *eod.*

(10) L. 7. § 6. D. *eod.*

(11) L. 7. § 6. D. cit.

(12) L. 6. § 1. D. *eod.*

dopo ricevuto il danno aliena il fondo (13), ciò non gli toglie il suo dritto di azione. Del resto nel caso di una notturna recisione di alberi fruttiferi può aver luogo eziandio una pena criminale (14).

2.° Secondo l'Editto del Pretore sui furti commessi in casi d'incendio, naufragio etc. (15) colui che dolosamente cagiona un danno può anche fra un anno esser convenuto pel quadruplo (16).

3.° Secondo la *lex Cornelia de sicariis* di Silla per l'uccisione dolosa di uno schiavo fu dato al padrone il dritto anche di accusare il colpevole e di provocare una capitale (17).

4.° Sono spezialmente severi i principi sui danni cagionati dal fuoco. 1) Per gl'incendii dolosamente seguiti, allorchè si tratta di edifizii o di mucchi di grano presso una casa, è imposta una severa pena criminale, la quale nondimeno è varia secondo le circostanze, cioè secondo che alcuno abbia appiccato il fuoco in Città o in campagna (18). 2) Del pari per l'incendio doloso delle messi, delle viti, o delle piante di ulivo, salvochè la pena è alquanto più mite (19). 3) Colui che per colpa ha cagionato danni per effetto del fuoco, per regola veramente non è tenuto che al risarcimento secondo le prescrizioni della legge Aquilia, ma nondimeno, se la colpa è grave, può anche esser punito (20). 4) Chi incendia la sua propria casa dee ad ogni modo risarcire tutt'i danni, che ad altri ne sieno provenuti (21). E 5) chi accende il fuoco in un campo può esser convenuto coll'*actio in factum legis Aquiliae* anche quando il fuoco senza sua colpa siasi dilatato ed abbia fatto danno ad altri, il che per verità per un certo tempo fu controverso fra i Giure-

(13) L. 12. D. *eod.*

(14) Paul. S. R. V. 20. § 6. Nella L. 10. D. *de extraod. crim.* (47. 11.) si minaccia anche una pena pel taglio di un moro (albero) nelle dighe del Nilo, e secondo la L. 2. C. *de nox. act.* (3. 41.) pare che anche il taglio furtivo di alberi commesso da schiavi fosse specialmente punito.

(15) V. sopra § 286. Nota 32-36.

(16) L. 1. pr. L. 3. § 3. 4. D. *de incendio, ruina, naufrag.* (47. 9.)

(17) Caj. III. 213.; L. 23. § 9. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) § 11. J. *eod.* (4. 3.) L. 3. C. *eod.* (3. 35.)

(18) L. 9. L. 12. § 1. D. *de incendio* (47. 9.) L. 1. pr. L. 10. D. *ad leg. Corn. de Sicar.* (48. 8.) L. 28. § 12. D. *de poenis* (48. 19.) L. 11. C. *qui accus. non poss.* (9. 1.); Paul. S. R. V. 20. § 1. 2.; Collat. XII. c. 2. § 1. c. 4. § 1. c. 5. § 1. c. 6. § 1. c. 7. § 1-3.

(19) Paul. S. R. V. 20. § 5.; Collat. XII. c. 3. § 2.

(20) L. 9. L. 11. D. *de incend.* (47. 9.); Collat. XII. c. 5. § 2. c. 6. § 1. c. 7. § 1.

(21) Collat. XII. c. 7. § 3.

consulti Romani, ma fu infine riconosciuto da un Rescritto di Settimio Severo (22).

5.° Come si è già accennato, *l' actio vi bonorum raptorum*, secondo l'Editto di Lucullo può incontrarsi anche nei danneggiamenti con pena del quadruplo, allorchè questi sono stati commessi da una moltitudine di genti riunite (23).

6.° Probabilmente pel medesimo Editto un' azione pel risarcimento del doppio valore ha luogo contro colui che in un tumulto, *turba*, abbia dolosamente cagionato danno o abbia dato occasione che altri lo arrecasse, senza por mente se egli medesimo abbia promosso il tumulto o no (24). Egualmente che l'*actio vi bonorum raptorum* quest'azione dopo il corso di un anno si dà soltanto pel semplice risarcimento (25); e non ha luogo contro gli eredi del colpevole (26).

7.° Chi rompe un argine disposto a riparare o a contenere una inondazione, o taglia gli alberi che servono a rafforzar questo argine, va soggetto, secondo le circostanze, ad una proporzionata pena criminale, il che in vero fu espressamente disposto solo per l'Egitto, ma si può bene anche generalmente applicare (27).

4) Delitti per rapporto al seppellimento dei morti ed ai sepolcri.

§ 289. Parecchie obbligazioni delittuali introdotte nell'Editto del Pretore stanno in relazione col costume Romano di non interrare i morti semplicemente in un certo luogo destinato ai sepolcri, col principio che il luogo, dov' è interrato un cadavere, sia *locus religiosus*, e colle particolari idee dei Romani sopra i luoghi religiosi.

1.° Se alcuno ha seppellito un morto nel suolo altrui, il proprietario per verità non può di sua autorità rimuoverlo per togliere al luogo la qualità di religioso (1); ma l'Editto del Pretore ha data per questo un'*actio perpetua in factum* al proprietario del suolo ed ai possessori di dritti reali sul medesimo, come pure ai loro eredi contro l'autore e gli eredi di costui, affinchè tolgano via il morto, o paghino il valore

(22) Collat. XII. c. 2. § 2. c. 7. § 4-6.; Paul. S. R. V. 20. § 3.
(23) V. sopra § 286. Nota 17-31.
(24) L. 4. D. *vi bon. rapt.* (47. 8.); Paul. S. R. V. 3. § 1.
(25) L. 4. § 8. 11. D. *eod.*
(26) L. 2. § 27. L. 4. § 16. D. *eod.*
(27) L. 10. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)
(1) L. 8. pr. D. *de religiosis* (11. 7.)

del suolo (2). Soltanto è mestieri che l'attore dimostri un dritto effettivo sul suolo e non già una semplice *bonae fidei possessio* (3). Se il morto è stato dolosamente interrato in *loco publico*, allora può aver luogo anche una pena contro l'autore (4).

2.° Se alcuno o maliziosamente o di buona fede vende ad altri un *locus religiosus* come *locus purus*, la qual vendita è nulla, l'Editto dà contro di lui un'*actio in factum* pel ristoro del danno, la quale ha luogo eziandio contro gli eredi (5).

3.° Se alcuno che usa legittimamente del suo dritto viene per via di fatto impedito dal seppellire un morto, allora egli ha non solamente 1) l'interdetto proibitorio *de mortuo inferendo* per far cessare la turbativa (6), ma anche 2) un'*actio in factum* pel risarcimento di tutto il suo interesse, la quale però contro le ordinarie regole non passa nè agli eredi del turbato nè contro gli eredi dell'autore della turbativa (7), e 3) se l'impedimento proviene da un creditore del morto, questi secondo una disposizione di Giustiniano perde anche il suo credito (8).

4.° Del pari se alcuno sia impedito di costruire di compiere o di migliorare un sepolcro, dove egli ha la facoltà di seppellire un morto, ha l'interdetto proibitorio *de sepulchro aedificando* diretto a vietare le molestie (9).

5.° La violazione di sepolcri e di monumenti sepolcrali per verità non può servire a fondamento dell'*actio legis Aquiliae*, imperocchè su queste cose non si ha alcun dritto di proprietà (10), ma invece si dà nell'Editto (11) l'azione infamante *sepulchri violati*, la quale nondimeno presuppone il dolo dell'autore (12), e non può esser promossa nè dagli eredi nè contro gli eredi (13). Quest'azione per regola appartiene in prima a coloro che hanno dritto al sepolcro, cioè a colui che lo ha edificato ed ai suoi posteri, sia che questi abbiano ereditato da lui o

(2) L. 2. § 1-3. L. 7. pr. L. 8. § 4. D. *eod.* L. 6. § 6. D. *comm. div.* (10. 3.)
(3) L. 2. § 1. D. *eod.*
(4) L. 8. § 2. D. *eod.*
(5) L. 8. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.)
(6) L. 1. pr. § 1-4. L. 3. § 1. D. *de mortuo infer.* (11. 8.) L. 8. § 5. L. 9. L. 43. D. *de relig.* (11. 7.)
(7) L. 8. § 5. L. 5. L. 9. D. *eod.*
(8) L. 6. C. *de sepulchro viol.* (9. 19.)
(9) L. 1. § 5-10. L. 5. pr. D. *de mortuo infer.* (11. 8.)
(10) L. 2. D. *de sepulchro viol.* (47. 12.)
(11) L. 1. D. *eod.*
(12) L. 3. pr. § 1. D. *eod.*
(13) L. 6. L. 10. D. *eod.* L. 20. § 5. D. *de adq. her.* (29. 2.)

no (14), ed allora l'azione tende all' interesse (15). Ma in difetto di tali persone, o quando esse non vogliono agire, l'azione diviene un'*actio popularis*, che porta la pena di cento *solidi* (16), e se dolosamente siasi usato di un sepolcro per abitazione, allora può sempre ognuno agire per una pena di dugento *solidi* (17). Lo spogliamento e la profanazione dei cadaveri deve inoltre punirsi criminalmente (18), e secondo alcune costituzioni, spezialmente di Costantino e dei seguenti Imperadori anche parecchie violazioni dei sepolcri, segnatamente la demolizione dei medesimi, per adoperarne i materiali ad altro scopo, son punite di pena criminale (19).

8) Delitti relativi all'amministrazione della giustizia.

§ 290. Una moltitudine di delitti che obbligano al risarcimento del danno, o anche al pagamento di una pena privata sta in relazione con l'amministrazione della giustizia.

1.° *Delitti del giudice*. S'intende da sè che un giudice, il quale nell'esercizio del suo uffizio si rende colpevole di delitti comuni di qualsiasi spezie, è per essi risponsabile come qualunque altro (1). Sotto questo rapporto non si trova altra limitazione, se non il principio Romano, che i magistrati superiori non poteano esser tratti innanzi alla giustizia, se non dopo il termine del loro uffizio (2). Ma i delitti speciali del giudici sono: 1) allorchè i magistrati, che sono incaricati di provvedere alle tutele, trascurano il loro dcbito, nel qual caso son responsabili dei danni che ne provengono (3), 2) allorchè il giudice adito per la prestazione di una *cautio damni infecti* ha trascurato di provvedere alla prestazione della cauzione, nel qual caso ha luogo un'azione per l'interesse, così contro di lui come contro i suoi eredi (4). 3)

(14) L. 3. pr. § 9. 10. D. *de sepulchro viol.* (47. 12.) Confr. coi testi citati nella Nota 13.

(15) L. 3. pr. § 8. 9. D. *eod.*

(16) L. 3. pr. § 10. 12. D. *eod.*

(17) L. 3. pr. § 6. D. *eod.*

(18) L. 3. § 7. L. 11. D. *eod.*

(19) Paul. S. R. I. 21. § 4-9. ; L. 2-5. C. *eod.* (9. 19.) ; L. 1-7. C. Th. *eod.* (9. 17.)

(1) L. 3. § 1. D. *quod. met. causa* (4. 3.) L. 29. § 7. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 12. L. 13. D. *de periculo* (18. 6.) L. 32. D. *de injur.* (47. 10.)

(2) L. 32. D. cit. Confr. la mia St. § 27. Nota 5.

(3) V. sopra § 148. n. III.

(4) L. 4. § 7-10. D. *de damno infecto* (39. 2.)

allorchè un giudice per dolo o colpa lata ha ingiustamente giudicato, a dinotar la qual cosa si trova l'espressione tecnica: *judex litem suam fecit*. Per questo motivo egli può esser convenuto dalla parte lesa, pel valore dell'oggetto della lite (5); ma i suoi eredi non ne sono responsabili (6); e questa sua obbligazione per un certo riguardo viene indicata come una semplice *obligatio quasi ex maleficio* (7). Originariamente questo dritto di azione davasi senza dubbio solamente contro del *judex privatus*, ma secondo il dritto Romano più nuovo è da estendersi eziandio ai pubblici magistrati, allorchè essi medesimi decidono (8); d'altra parte anche in tal caso ciò non ha applicazione se non per le ingiuste sentenze (9).

2.° *Delitti contro il potere giudiziario:* 1) ogni giudice, ad eccezione dei magistrati municipali, ha contro ogni parte, che gli ricusa obbedienza, un'azione pretoria annuale pel valore dell'oggetto della lite come pena, ma questa come azione penale non passa contro gli eredi, e si prescrive in un anno (10). 2) Contro colui che corrompe dolosamente o toglie via gli Editti, nei quali son pubblicate le regole di dritto, e non già semplicemente le altre notificazioni delle autorità, ha luogo un'azione popolare, *actio de albo corrupto* portante una pena di cinquecento *solidi* (11).

3.° *Delitti contro una parte in giudizio.* 1) Chi senza una precedente licenza del magistrato trae in giudizio i suoi genitori o *patroni*, è soggetto ad un'azione pretoria annuale portante una pena di cinquan-

(5) L. 15. § 1. D. *de judic.* (5. 1.) L. 2. C. *de poena judicis.* (7. 49.)

(6) L. 16. D. *eod.*

(7) Pr. J. *de obl. quae quasi ex mal.* (4. 5.) L. 5. § 4. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 6. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.)

(8) L. 2. C. *de poena jud.* (7. 49.) L. 29. C. *de pactis* (2. 3.)

(9) L'indicazione moderna di quest'azione come azione di sindacato, e l'estensione della medesima a tutti gli errori del giudice commessi per dolo o per colpa nella giurisdizione tanto volontaria quanto contenziosa probabilmente ha avuto origine dalla consuetudine che eravi nel medio evo in Italia di stabilire, quando i pubblici uffiziali cessavano dagl'impieghi, alcuni commissarii sotto il nome di *Syndici*, innanzi ai quali ciascuno poteva fare le sue doglianze contro il pubblico uffiziale, la qual cosa secondo una lettera del *Niebuhr* è tuttavia in uso in alcuni luoghi.

(10) L. un. D. *si quis jus dicenti non obtemperav.* (2. 3.) Confr. *Gluk* Sistema delle Pand. vol. III. § 217. Secondo l'oscuro § 1. della L. un. D. cit. pare certamente che non ogni repugnanza dava luogo a quest'azione, ma l'ammettersi anche contro l'attore secondo il § 3. impedisce parimente che essa si restringa semplicemente alla resistenza contro l'esecuzione, come i più degli interpetri espongono.

(11) L. 7. L. 8. L. 9. D. *de jurisd.* (2. 1.)

ta solidi (12). 2) Una egual pena può richiedersi allorchè alcuno, essendo in lite con prossimi parenti o col suo *patrono*, nella prestazione delle sicurtà giudiziali non vuole accettare chicchesia come fidejussore, al che egli qui è tenuto (13). 3) Se un convenuto tratto innanzi al Tribunale *in jus vocatus* venga per violenza sottratto all'attore, costui può convenire l'autore di tal fatto pel valore dell'oggetto della lite, ma soltanto fra il termine di un anno (14). 4) Se ad un convenuto, il quale abbia prestato la *cautio judicio sisti*, alcuno dolosamente impedisca di comparire nel termine stabilito, per verità non si può domandare contro di lui se non un risarcimento del danno, nondimeno non solo il convenuto può, secondo l'Editto del Pretore, domandare il ristoro del suo interesse (15), ma il può eziandio l'attore (16). 5) Se alcuno riceva del danaro o altra cosa valutabile per fare una ingiusta lite, o per desisterne, il suo avversario ha contro di lui l'*actio de calumnia* introdotta nell'Editto, la quale fra il termine di un anno tende al quadruplo, ma dopo, al solo semplice ammontare di ciò che s'è ricevuto (17), e questa certamente non può esser promossa dagli eredi, ma può sibbene intentarsi contro gli eredi, in quanto se ne siano arricchiti (18). Allorchè si è ricevuto un pagamento per astenersi da una lite ingiusta, oltre a ciò anche a colui che ha dato compete la *condictio ob turpem causam* (19). Secondo il dritto antico l'*actio de calumnia*, prescindendo da un pagamento ricevuto, era anche ammessa dopo terminata la tite, allorchè il vincitore potea provare all'altro di aver litigato contro coscienza, nel qual caso, trattandosi di azioni tendeva al 1/10, e trattandosi di interdetti al 1/4 dell'oggetto della lite (20). Quest'applicazione dell'azione per verità in generale andò in disuso (21); nondimeno Giustiniano permise nuovamente che il convenuto, il quale fosse assoluto, allorchè poteva provare che l'azione fu cavillosa, invece del risarcimento delle spese potesse richiedere un 1/10 del valore dell'og-

(12) L. 6-8. L. 22-25. D. *de in jus. voc.* (2. 4.)

(13) L. 1-3. D. *in jus vocati ut eant* (2. 6.)

(14) L. 1. pr. L. 3. § 2. L. 4. L. 5. L. 6. D *si quis eum qui in jus vocatur vi eximat.* (2. 7)

(15) L. 1. L. 2. D. *de eo per quem factum erit quo minus quis in judiciis sistat.* (2. 10.)

(16) L. 3. D. *eod:*

(17) L. 1-3. L. 5. § 1. L. 6-8· D. *de calumniator.* (3. 6.)

(18) L. 4. L. 5. pr. D. *eod.*

(19) L. 3. § 3. L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *eod.*

(20) Caj. IV. 175. 176, 178.: Consultat vet. Icti § VI.

(21) § 1. J. *de poena tem. litig.* (4. 16.)

getto della lite (22). Nel dritto Romano più antico incontrasi eziandio un *contrarium judicium*, che il vincitore della lite, solo però in alcuni determinati casi, poteva intentare contro il soccumbente, senza aver riguardo se questi avesse litigato in buona o in mala fede, e questo *judicium* per regola tendeva ad un 1/5, ma nell'*actio injuriarum* ad un 1/10 dell'oggetto della lite (23); nondimeno anche ciò ben presto andò in disuso (24).

C. Altri delitti

§ 291. Sonovi ancora alcune particolari obbligazioni delittuali, che si possono qui riunire:

1.° L' *Actio de servo corrupto.* Quando alcuno dolosamente induce uno schiavo altrui a malvage azioni, o lo nasconde, allorchè questo si fugge via (1), il padrone ha contro colui per l'Editto del Pretore un'azione pel doppio ammontare del suo interesse. (2) Quest'azione, che è un *actio perpetua*, ed è tenuta come interamente penale, per la qual ragione non passa contro gli eredi (3), può anche da un comproprietario intentarsi contro l'altro (4), anzi *utiliter* anche dall'usufruttuario contro il proprietario (5). Inoltre essa è anche *utiliter* conceduta al padre per la seduzione o occultamento dei suoi figliuoli (6).

2.° L'*actio in factum contra mensores.* Gli agrimensori ed altri che esercitano la professione di misurare e valutare, son tenuti a ristorare il danno cagionato per la ingiusta misura o valutazione, al qual fine l'Editto del Pretore dava contro di essi un'*actio in factum* (7). Nondimeno quest'azione presuppone un dolo o una colpa grave, anche quando si sia pagata una mercede (8). A promuovere siffatta azione han dritto tutti coloro, ai quali la falsa misura ha recato danno, come pure i loro eredi (9);

(22) Nov. 112. c. 2.
(23) Caj. IV. 174-179.
(24) Può essere che non si trovi altra mensione del *judicium contrarium* posteriore a quella che trovasi in Cajo.
(1) L. 1-5. D. *de servo corrupto* (11. 3.)
(2) L. 1. pr. L. 5. § 2. L. 9. § 2. 3. L. 10. L. 14. § 5. D. *eod.* § 8. J. *de obl. quae ex del.* (4. 1.) § 23. J. *de action.* (4. 6.)
(3) L. 13. pr. D. *de servo corrupto* (11. 3.)
(4) L. 9. pr. D. *eod.*
(5) L. 9. § 1. L. 14. § 3. D. *eod.*
(6) L. 15. § 1. D. *eod.*
(7) L. 1. pr. L. 5. § 2. L. 6. L. 7. D. *si mensor fals. mod. dix.* (11. 6.)
(8) L. 1. § 1. D. *eod.*
(9) L. 3. § 1-5. D. *eod.*

ed essa dura 30 anni da computarsi dal tempo che la misura è cominciata (10). Se sono più i colpevoli, son tenuti solidalmente (11), ma non già gli eredi (12).

3.° *L'actio viae receptae.* Sebbene i proprietarii limitrofi ad una via pubblica, allorchè questa è impraticabile, debbano non solo soffrire il passaggio sulle loro terre, ma dare eziandio il suolo necessario per la sua riparazione (13), nondimeno non si dee toglier loro alcuna parte del suolo senza un compenso, per la qual ragione compete ad essi un'azione per risarcimento di danni contro colui, che ha costruita una via pubblica sopra un fondo adjacente (14).

4.° L'*actio de concussione.* Colui che per concussione, cioè per minaccia d'ingiuste liti o di altri procedimenti giudiziarii si è lasciato condurre a dar qualche cosa per evitar questi procedimenti, non può veramente intentare l'*actio quod metus causa*, giacchè il timore cagionato da simili minacce non si può riguardare come un giusto timore, ma nondimeno può richiedere ciò che ha dato, ed oltre a questo può anche aver luogo una punizione criminale della concussione, segnatamente per la minaccia di un'ingiusta accusa (15).

5.° L'*interdictum de migrando.* Quest'interdetto compete a colui che ha tolto a pigione una casa, ed *utiliter* anche a colui che l'abita gratuitamente (16), allorchè il locatore o il padrone della casa ingiustamente impedisce di trasportar via la cose dalla sua casa, poco importando se queste cose appartengano all'inquilino medesimo o ad altri (17). La ritenzione poi è ingiusta allorchè 1) o il padrone della casa non ha nulla a richiedere per l'abitazione, nè pigione nè risarcimento di danni (18), 2) o le cose non gli sono state oppignorate nè espressamente nè tacitamente (19). Nel che è da por mente che un dritto di pegno legale qui non ha luogo, se non per lo sole case date in affitto, e per le sole cose, che appartengono all'inquilino medesimo, e che egli ha introdotte nella casa per lo scopo di un uso permanente (20). Que-

(10) L. 4. D. *eod.*
(11) L. 3. pr. D. *eod.*
(12) L. 3. § 5. D. *eod.*
(13) Cic. pro Caecina c. 18.; L. 14. § 1. D. *quemadm. serv, am.* (8. 6.)
(14) L. 3. pr. D. *de via publ.* (43. 11.)
(15) L. 1. L. 2. D. *de concuss.* (47. 13.) L. 8. D. *de calumniator.* (3. 6.) Confr. tit. C. Th. *de concuss. advocatorum* (8. 10.)
(16) L. 1. § 1. 3. D. *de migrando* (43. 32.)
(17) L. 1. § 5. L. 2. D. *eod.*
(18) L. 1. pr. § 1. 4. D. *eod.*
(19) L. 1. pr. § 5. D. *eod.*
(20) L. 1. § 5. D. *eod.* Confr. con L. 4. pr. D. *de pactis* (2. 14.) L. 2. L. 4. pr. L. 5. pr. L. 6. D. *in quib. caus. pign.* (20. 2.)

st'interdetto, che tende al divieto della ritenzione, ed al ristoro del danno provenutone, passa attivamente e passivamente agli eredi, e non si prescrive che in 30 anni (21).

6.° *L'interdictum de libero homine exhibendo*. Se alcuno ritiene un uomo libero ingiustamente e dolosamente preso, ciascuno può con questo interdetto agir contro di lui, affinchè conduca quell'uomo innanzi al Giudice, e per conseguenza lo rimetta in libertà (22). Anche gl'impuberi e le donne hanno facoltà di promuover quest'interdetto riguardo ai loro prossimi parenti (23). Se il convenuto non si lasci trovare, si dà all'attore l'immissione nel possesso dei beni di lui (24); ma se la presentazione dell'uomo ritenuto, non viene effettuata, allora il convenuto dee pagar l'interesse che l'attore afferma col suo *juramentum in litem*, il che nondimeno non impedisce che altri agiscano di nuovo (25). Intanto è ammessa l'eccezione di una lecita detenzione, ove la potestà paterna, il riscatto di un prigione dalle mani dei nemici, ed altre ragioni giustifichino la ritenzione (26). Questo interdetto dura 30 anni (27).

II. *Obligationes quasi ex maleficio.*

§ 292. Prescindendo dalla obbligazione del risarcimento del *judex litem suam faciens*, che più esattamente viene annoverata tra le proprie obbligazioni delittuali (1), si possono qui allogare solo le seguenti *obligationes quasi ex maleficio*, che per la massima parte hanno origine dall'Editto.

1.° La più antica obbligazione di siffatta spezie riguarda la *pauperies*, per la quale intendesi un danno non imputabile, ed in ispezialtà un danno arrecato da un animale (2). Nelle dodici Tavole allorchè la *pauperies* proviene da animali domestici (3), si da contro il proprietario l'*actio de pauperie*, la quale per verità in origine avea luogo sol-

(21) L. 1. pr. § 6. D. *de migrando* (4. 32.)

(22) L. 1. L. 3. § 1. 8. 9. L. 4. pr. § 2. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 13. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(23) L. 3. § 11. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)

(24) L. 3. § 14. D. *eod.*

(25) L. 3. § 13. D. *eod.* Confr. con L. 3. § 2. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(26) L. 3. § 2-7. L. 4. § 1. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.) L. 1. § 2. D. *de lib. exhib.* (43. 30.) Confr. § 126. seg.

(27) L. 3. § 15. D. *de lib. hom. exhib.* (43. 29.)

(1) V. sopra § 290. Nota 4-9.

(2) L. 1. § 3. D. *si quadrupes* (9. 1.) pr. J. *eod.* (4.9.)

(3) L. 1. § 10. D. *eod.* pr. J. *eod.*

tanto pei quadrupedi (4), ma più tardi fu data *utiliter* anche per' gli altri animali domestici (5). Intanto qui si presuppone 1) che niuno abbia incitato l'animale, o abbia in altra guisa data occasione al danno, altrimenti il danneggiato può rivolgersi contro il colpevole con l'*actio legis Aquiliae*, o altra azione che ne provenga (6); 2) che il danneggiato non sia egli medesimo in colpa (7); e 3) che l'animale abbia recato danno non semplicemente *secundum naturam sui generis*, cioè con quegli atti, che esso conformemente al suo istinto naturale, fa da per tutto, ove gli è possibile, ma *contra naturam sui generis*, per individuale sfrenatezza o malignità, e per conseguenza con atti, che questa specie di animali non è in uso di fare, se non che quando è incitata (8). Quest'azione, la quale è un'*actio perpetua* compete a chiunque abbia patito il danno, come pure ai suoi eredi (9), e tende solo al risarcimento del danno (10); ma appartiene alle azioni noxali (11). Nondimeno cessa per pena la *noxae datio* allorchè il convenuto falsamente ha negato la proprietà dell'animale (12).

2.° La regola, che il proprietario non è responsabile per quei danni, che il suo animale ha prodotti secondo il suo istinto di natura, va soggetta ad una importante eccezione, allorchè l'animale di alcuno ha pascolato sopra un fondo altrui, nel qual caso può intentarsi l'azione *de pastu* parimente introdotta nelle dodici Tavole, tendente al risarcimento o alla *noxae datio* (13), senza che però possa per sicurezza ritenersi l'animale in pegno (14).

(4) L. 1. pr. D. *eod.* pr. J. *eod.* *Zimmern* Sistema delle azioni noxali § 1-35.
(5) L. 4. D. *eod.*
(6) L. 1. § 5. 6. 7. 8. D. *eod.*
(7) L. 2. § 1. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 15. § 3.; L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(8) L. 1. § 4. 7. 11. 5. D. *si quadrupes* (9. 1.) pr. J. *eod.*
(9) L. 1. § 17. L.2. pr. D. *eod.*
(10) L. 1. pr. L. 3. D. *eod.*; Paul. S. R. I. 15. § 1.
(11) L. 1. § 12-16. D. *eod.* pr. J. *eod.*
(12) L. 1. § 15. D. *eod.*
(13) L. 14. § 3. D. *praescr. verb.* (19. 5.) L. 39. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.); Paul. I. 15. § 1. L'opinione di *Gluk* Sistema delle Pand. vol. X. p. 275. seg., e di altri che qui s'intenda soltanto l'antica *actio in duplum*, di cui fa menzione Plinio H. N. XXVIII. 2, data a cagione di aver menato a pascolo gli animali sulle terre altrui, non può essere esatta; imperocchè questa, siccome riguardava un *damnum injuria datum*, era stata rivocata per la *lex Aquilia* L. 1. pr. D. *ad leg Aquil.* (9. 2.). I testi citati parlano in termini generali, senza far punto menzione del cacciare gli animali a pascolare su i fondi altrui, ed ancora l'*actio de pastu* non avrebbe alcun' importanza quando presupponesse che gli animali fossero stati menati a bella posta, giacchè allora può aver luogo l'azione più utile *actio legis Aquiliae* L. 6. C. *eod.* (3. 35.)
(14) L. 39. § 1. D. *eod.*

3.° Qui si rannoda un Editto degli Edili Curuli, secondo il quale, se alcuno tenga senza sufficiente custodia in un luogo, ove si ha libero passaggio, *ubi vulgo iter fit*, un animale feroce ovvero dei cani, e questi abbiano fatto danno, si dà contro di lui un'azione, nella quale non si ammette la *noxae datio*. Per regola quest'azione compete soltanto a chi patisce danno o a' suoi eredi, e se trattasi di lesione della persona dell'attore, tende ad un proporzionato compenso, ma se trattasi di danneggiamento di cose, tende al doppio del valore. Che se poi sia rimasto ucciso un uomo libero, allora l'azione diviene un'*actio popularis* portante la pena di dugento *solidi* (15). Contro coloro che mostrano dei serpenti si ammette eziandio quest'azione, se alcuno per timore di essi abbia riportato danno (16). I casi seguenti appartengono tutti quanti all'Editto del Pretore:

4.° Se in un luogo ove è libero il passaggio, *ubi vulgo iter fit* (17), sia versata o gittata da una casa qualche cosa, e ne sia seguita qualche lesione, senza riguardare chi abbia ciò fatto, si dà luogo all'*actio de effusis et dejectis* contro chi abita la casa o quella parte di essa, da cui le cose si son versate o gittate, e se vi sono più abitanti, essa si può dirigere contro di tutti *in solidum* (18); nondimeno i loro eredi non sono qui responsabili (19). Per contrario quest'azione si dà *utiliter* anche per le cose gittate o versate da un bastimento, contro il padrone del medesimo (20). Nel resto è da fare la seguente distinzione: pei danni cagionati l'azione, che allora è un'*actio perpetua*, compete solo al danneggiato e suoi eredi, e per riguardo al danno delle cose tende al doppio valore, ma per riguardo alla lesione d'una persona, ad un giusto compenso (21). Ma in caso di uccisione d'un uomo libero l'azione diviene un'*actio popularis*, imperocchè allora può essere intentata da ciascuno per una pena di cinquanta *solidi*, ma solo entro il termine di un anno (22).

5.° Allorchè in un luogo, dov'è libero passaggio, una cosa sia posta o

(15) L. 40-42. D. *de aedil. ed.* (21. 1.) § 1. J. *de pauper.* (4. 9.) L. 1. § 5. 6. 10. D. *eod.* (9. 1.); Paul. S. R. I. 15. § 2.

(16) L. 11. D. *de extraord. crim.* (47. 11.)

(17) L. 1. pr. § 2. L. 6 pr. § 1. D. *de his qui effud. vel. dejec.* (9. 3.)

(18) L. 1. pr. § 4. 9. 10. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1-4. L. 6. § 2. D. *eod.* L. 5. § 5 D. *de O. et A.* (44. 7.) § 1. 2. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.)

(19) L. 5. § 5. D. *de his qui effud.* (9. 3.)

(20) L. 6. § 3. D. *eod.*

(21) L. 1. pr. § 4. 6. L. 7. D. *eod.*

(22) L. 1. pr. § 5. L. 5. § 5. D. *eod.*

sospesa sopra un edifizio in maniera, che possa cader giù e mettere in pericolo coloro che passano, compete contro il proprietario o altro abitante della casa l'*actio de positis et suspensis*, azione popolare portante la pena di dieci *solidi*, la quale nondimeno non si ammette che fra il termine di un anno e non passa contro gli eredi di quelle persone (23). Se pel cadere delle cose ne sia già risultato un danno, allora quest'azione si può intentare *utiliter* anche pel risarcimento, ma dal solo danneggiato, e soltanto contro colui che avea posta o sospesa la cosa (24).

6.° I battellieri, albergatori, o padroni di stalle, che fan professione di trasportare o albergare i viandanti, ma non già anche gli altri battellieri ed osti (25), son responsabili per le cose dei viaggiatori da essi ricevute, e però debbono risarcire i danni provenuti, a qual fine si dà contro di loro l'*actio in factum de receptis* (26), azione perpetua, la quale si dà eziandio contro gli eredi, e tende al pieno interesse (27). È poi indifferente se il viandante sia stato ricevuto gratuitamente o per mercede (28), come pure se le cose introdotte appartengano a lui medesimo o no (29). Questi, oltre al dover provare la perdita o il danno delle cose, e la quantità del danno patito, non ha a provar altro se non che le cose furono consegnate al battelliere o albergatore, ovvero alla sua gente, oppure che con sua saputa e volontà furono introdotte nel bastimento o nell'albergo (30); ma non ha mestieri di provare eziandio che il convenuto abbia colpa nel danno, imperocchè ciò non monta (31). Non per tanto il convenuto può liberarsi dal risarcimento provando che il viaggiatore medesimo abbia per sua colpa data occasione al danno (32), o che questo sia provenuto da un avvenimento fortuito inevitabile (33), o che egli nel ricever le cose abbia protestato contro la responsabilità, ed il viaggiatore vi abbia condisceso (34). Se vien provato che il danno è provenuto dalla gente del battelliere o

(23) L. 5. § 6-13. D. *eod.* L. 5. § 5. D. *de O. et A.* (44. 7.) § 1. 2. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.)
(24) L. 5. § 12. D. *de his qui effud. vel dejec.* (9. 3.)
(25) L. 1. § 2. 4. 5. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.
(26) L. 1. pr. § 1. 3. 6. L. 3. 1. § D. *eod.*
(27) L. 3. § 4. D. *eod.*
(28) L. 6. pr. D. *eod.*
(29) L. 1. § 7. D. *eod.*
(30) L. 1. § 3. 8. L. 2. L. 3. pr. § 3. D. *eod.*
(31) L. 1. pr. § 1. L. 3. § 1. D. *eod.*
(32) L. 203. D. *de R. J.* (50. 17.)
(33) L. 3. § 1. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.) L. 2. C. *de naufrag.* (11. 5.)
(34) L. 7. pr. D. *eod.*

dell'oste, alla quale sono da annoverare anche quelli che abitano abitualmente nell'albergo, e quei tali passaggieri che scontano mediante i loro servigi il prezzo di vettura (35), allora compete al viandante *l'actio furti adversus nautas* , la quale per verità tende al pagamento del doppio valore, ma non si può intentare anche contro gli eredi del battelliere o dell'albergatore (36). Siccome questi principi son singolari deviazioni dalla regola, che ciascuno non è responsabile se non pei danni cagionati da lui, così non possono estendersi per analogia (37), e del pari non sono applicabili, allorchè un viandante nell'uscire dal bastimento o dall'albergo lascia in custodia qualche cosa, imperocchè l'accettazione di siffatti depositi non appartiene al mestiere de' battellieri o albergatori, ed essi non sono responsabili se non per quei negozi che al loro mestiere si riferiscono (38).

7.° Coloro che prendono ad appalto le pubbliche entrate, *publicani* (39) sono nella stessa guisa responsabili per la loro *familia*, cioè per la gente, di cui pel loro negozio si servono, liberi o schiavi che sieno, ed in quest' ultimo caso tanto se sieno proprii schiavi, quanto se appartengano ad altri (40). Certamente pei delitti di siffatte persone possono secondo le ordinarie regole anche aver luogo le azioni delittuali che ne risultano (41); ma se la *familia publicani* abbia predato, involato , o estorto qualche cosa , ovvero abbia commesso danno , allora il pubblicano è tenuto sulla richiesta a presentare il colpevole (42), e se egli non può o non vuol così fare, i danneggiati e i loro eredi han contro di lui un *actio mixta* (43) , la quale fra un anno tende al doppio del valore, ma dopo l'anno , al semplice risarcimento (44), e qui non ha luogo la *noxae datio* (45); non per tanto il convenuto può libe-

(35) L. 6. § 1. 3. D. *eod.* L. un. § 6. D. *furti adv. naut.* (47. 5.)

(36) L. 3. § 5. L. 7. pr. § 1. 6. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.) L. un. D. *furti adv. naut.* (47. 5.) L. 5. § 6. D. *de O. et A.* (44. 7.) § 3. J. *de obl. quae quasi ex malef.* (4. 5.)

(37) *Muller* intorno all' *actio de recepto* nella sua applicazione all' attuale stabilimento delle poste. Lipsia 1835. 8.

(38) L. 3. § 2. D. *naut. caup. stab.* (4. 9.). Di altra opinione è *Gluk* sistema delle Pand. § 492.

(39) L. 16. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 1. § 1. L. 12. § 3. D. *de publican.* (39. 4.)

(40) L. 1. § 5. L. 12. § 2. D. *eod.*

(41) L. 1. § 4. D. *eod.*

(42) L. 1. pr. § 6. L. 2. L. 3. pr. § 2. L. 12. § 1. D. *eod.*

(43) L. 5. § 1. D. *eod.*

(44) L. 1. pr. § 2. 3. L. 3. pr. L. 5. § 1. L. 12. pr. § 1. L. 13. § 4. L. 16. § 14. D. *eod.*

(45) L. 1. § 6. L. 12. § 1. D. *eod.*

rarsi mediante la restituzione di ciò che s'è involato (46). Gli eredi del pubblicano son responsabili fino a concorrenza di quanto si sono arricchiti (47), e se son più pubblicani, in modo al tutto singolare, ciascuno, secondo un rescritto di Settimio Severo, non è tenuto che per una parte proporzionata (48).

(46) L. 1. § 4. L. 5. pr. D. *eod.*
(47) L. 4. pr. L. 16. § 13. D. *eod.*
(48) L. 3. § 1. L. 6. D. *eod.*

PARTE QUARTA

SEZIONE TERZA

DRITTO DI SUCCESSIONE

INTRODUZIONE

I. Nozione e natura giuridica degli acquisti universali (*)

§ 293. L'ultima parte del dritto relativo al patrimonio si compone della teorica degli acquisti universali, la quale non appartiene nè al dritto delle cose, nè al dritto delle obbligazioni, imperocchè essa abbraccia tutt'insieme gli elementi del patrimonio(1). Cioè, secondo che di già innanzi si è veduto(2), può aver luogo in una sola volta la trasmissione anche di tutto o di parte dell'intero patrimonio d'una persona, per modo che l'acquirente per un solo atto di acquisto entri, in tutto o in parte, nel luogo del precedente possessore, senza aver mestieri di una tradizione delle cose, o di una cessione dei crediti, e questo è ciò che dicesi acquisto universale *acquisitio s. successio per universitatem*, per contrapposto ai moltiplici acquisti dei singoli oggetti del patrimonio, *singularum rerum acquisitiones*. (3) Gli acquisti universali, i quali son sempre successioni, imperocchè non si può concepire un patrimonio senza un possessore, nel cui luogo un altro viene ad entrare, ri-

(*) *Schwanert* Enumeratio per universitatem successionum, quae extant in jure Rom. praeter hereditatem et bonorum possessionem. Gött. 1846. 4.

(1) Nelle istituzioni di Cajo e di Giustiniano il dritto ereditario è ragionevolmente collocato nel dritto del patrimonio, *jus quod pertinet ad res*, ma sconvenevolmente poi è stato posto tra il dritto delle cose ed il dritto delle obbligazioni insieme con due altre teoriche, che parimente si rapportano a tutt'i dritti del patrimonio, cioè la teorica delle donazioni, e quella dell'acquisto per mezzo di altre persone.

(2) V. § 53.

(3) L. 1. § 13. D. *quod legator.* (43. 3.) L. 24. § 1. D. *de damno infecto* (39. 2.) L. 3. § 1. D. *de exc. rei vend. et trad.* (21.3.)

guardano o il patrimonio di una persona tuttora vivente,o ciò che è più comune, il patrimonio di un morto. Stanno come nel mezzo i casi, in cui alcuno per effetto di una *capitis diminutio maxima o media* muore civilmente; nondimeno essi vengono annoverati fra gli acquisti universali della prima specie. Per regola insieme col patrimonio passano nel successore anche i debiti. Ma una necessaria limitazione di tutte le successioni universali sta in ciò, che i dritti e le obbligazioni strettamente personali non possono esser separati dalla persona del primo possessore (4), il che nondimeno non esclude assolutamente che il successore possa esercitare de'dritti puramente personali, finchè vive il precedente possessore (5); e per rispetto ai debiti s'incontrano anche parecchie eccezioni dalla regola del passaggio dei medesimi nei successori universali(6).Oltre a ciò può anche qualche singola cosa staccarsi dal patrimonio, e deferirsi per qualche speciale cagione ad una persona diversa da colui che ottiene il tutto (7).Del rimanente sebbene la successione ereditaria non sia che uno dei molti acquisti universali, nondimeno la sua teorica è tanto più estesa,più importante, e più difficile di quella di tutti gli altri presi insieme,che dee parer conveniente che si tratti l'eredità come l'oggetto proprio di questa sezione, e che per gli altri acquisti universali si assegni loro il posto semplicemente nella introduzione.

II. Singole successioni universali:

1) Nel patrimonio di persone viventi;

A. Per pena.

§ 294. In più casi incontrasi per pena una successione universale nel patrimonio di una persona tuttora vivente:

(4) Caj. III. 83. § 1. J. *de perpet.* (4. 12.) L. 68. L. 196. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 13. pr. D. *de injur.* (47. 10.) L. 21. D. *de usu* (7. 8.) L. 3. L. 12. L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.)

(5) Per quei dritti strettamente personali, il cui esercizio si può cedere ad altri, finchè vive colui al quale il dritto si appartiene, come accade dell' usufrutto (§ 182. Nota 9.), una successione universale tra vivi, p. es. la confisca, deve assomigliarsi ad una siffatta cessione. Ed ancora non vi è dubbio che l'arrogatore potesse con egual dritto esercitare l' usufrutto spettante all' arrogato, come il padre potea esercitar quello che il suo figliuolo acquistava.

(6) V. § 295. Nota 2. e § 357. n. 1. 3.

(7) V. § 358. Nota 67-75.

1.° La più antica che a tal riguardo s'incontra è l'attribuzione di tutto o di una parte del patrimonio di una persona al Tesoro dello Stato, *publicatio s. proscriptio bonorum*, che al presente si suole addimandare confisca. La confisca, con cui va annesso l'obbligo di pagare i debiti (1), ma secondo un Editto Pretorio del tempo Imperiale soltanto fino all' ammontare del patrimonio confiscato (2), può essere specialmente pronunziata come pena in una sentenza (3); ma del pari che l' infamia anche essa parte è imposta immediatamente a certi delitti, e parte è annessa come una conseguenza accessoria a certe condanne. Viene attribuita fino a Romolo istesso una legge, che puniva della confisca della metà del patrimonio chiunque uccideva un suo figliuolo non giunto ancora all'età di tre anni (4), più tardi vi furono parecchi delitti che si traevano dietro la confisca (5), e sotto gl' imperadori divenne regola, che ogni condanna a morte, o alla perdita della libertà, o del dritto di cittadinanza producesse per effetto la confisca di tutto il patrimonio (6). Ma allorchè la confisca dipende da una condanna, questa debb'essere stata definitivamente pronunziata. Fino a questo punto l'accusato o quegli ch'è ritenuto in prigione, eccetto nei delitti di lesa Maestà, secondo un Rescritto di Adriano, conserva egli medesimo l'amministrazione del suo patrimonio (7), e se muore prima che la sentenza sia pronunziata, non ha più luogo la confisca (8), salvo il caso di suicidio, il quale si ritiene come confessione della colpa, se gli eredi non possano dimostrare qualche altra scusabile cagione (9). Soltanto, ciò che un accusato ha conseguito per mezzo appunto di quel delitto del quale è accusato, vien confiscato senza alcun riguardo alla specie della sua morte (10). Nella condanna a morte tutto

(1) L. 4. L. 10. pr. D. *de bon. damnat.* (48. 20.) L. 1. C. *de fidejussor.* (8. 41.) L. 2. C. *ad leg. Jul. de vi publ.* (9. 12.) L. 5. C. *de bon. proscript.* (9. 49.) Confr. anche L. 1. § 4. D. *quando de pecul. act. ann. sit.* (15. 2.) L. 6. § 1. *de usur.* (22-1.) L. 47. pr. D. *de fidejuss.* (46. 1.)

(2) L. 8. § 3. D. *de bon. damn.* (48. 20.)

(3) L. 1. § 1. L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 8. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) Dion. Hal. II. 15.

(5) Confr. Livii Epitome XIV.

(6) L. 1. pr. D. *de bon. damnat.* (48. 20.) L. 10. C. *de bon. proscr.* (9. 49.)

(7) L. 2. L. 11. § 1. D. *eod.* L. 46. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(8) L. 11. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 2. § 1. D. *de bon. eor. qui ante sent.* (48. 21.)

(9) L. 2. pr. L. 3. D. *eod.* Paul. S. R. V. 12. § 1.

(10) L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* L. 9. (48. 20.) L. 9. D. *de jure fisci* (49. 14.)

ciò che si è acquistato dopo la condanna, si deferisce agli eredi (11), mentre in altri casi l'acquisto posteriore rimane allo stesso condannato (12), eccetto solo nella deportazione, in cui il Fisco ottiene gli acquisti anche posteriori (13). In generale la confisca si estende solo a ciò che si avea al tempo della condanna, il perchè restano anche in vigore le precedenti alienazioni (14), colla sola eccezione, che le donazioni a causa di morte possono sempre essere annullate (15), e le alienazioni avvenute dopo commesso il delitto che ha prodotto la confisca, possono parimente annullarsi almeno quando il colpevole abbia donato o alienato manifestamente per frode *in fraudem fisci* (16). Anzi in alcune circostanze parecchie cose debbonsi dedurre dal patrimonio da confiscarsi. Imperocchè 1) secondo una disposizione dell'Imperadore Claudio i figliuoli del delinquente ritengono il peculio che loro fu dato (17). 2) Allorchè un *filius familias* commette un delitto, al quale va annessa la confisca, il padre, secondo una disposizione di Alessandro Severo, può ritenere il peculio castrense e quasi castrense (18). 3) Inoltre la dote di una figliuola va sempre esclusa dalla confisca (19). 4) Se il patrimonio di una moglie vien confiscato per un delitto inferiore all'alto tradimento, all'omicidio, o alla violenza pubblica, il marito ritiene la dote (20). 5) Dall'altro lato anche la moglie di un delinquente conserva la sua dote (21). Costantino avea esteso ciò a tutte le donazioni fattele dal marito (22), ma Giustiniano invece, allorchè non eravi una dote le concedè un quarto del patrimonio confiscato del marito (23). Ben per tempo venne anche in voga il costume di lasciare ai figliuoli una parte del patrimonio (24), presupposto che la confisca senza di ciò non sarebbe ca-

(11) L. 7. § 5. D. *de bonis damnat.* (48. 20.)
(12) L. 22. § 5. D. *mandati* (17. 1.)
(13) L. 2. C. *de bon. proscript.* (9. 49.)
(14) L. 41. L. 42. D. *de solut.* (46. 3.) L. 11. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 46. § 6. D. *de jure fisci* (49. 14.)
(15) L. 7. D. *de mort. caus. don.* (39. 6.)
(16) L. 15. D. *de donat.* (39. 5.) L. 9. L. 11. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 45. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.)
(17) L. 3. § 4. *in fine* D. *de minor.* (4. 4.)
(18) L. 3. C. *de bon. proscr.* (9. 49.)
(19) L. 6. § 1. D. *de usur.* (22. 1.) L. 42. pr. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 8. § 4. L. 10. § 1. D. *de bon. damn.* (48. 20.)
(20) L. 3-5. D. *eod.*
(21) L. 2. § 1. D. *de fundo dot.* (23. 5.)
(22) L. 1. C. Th. *de bon. proscr.* (9. 42.)
(23) Nov. 117. c. 5. Nov. 134. c. 13.
(24) L. 7. pr. D. *de bon. damn.* (48. 20.)

duta sopra una sola quota (25). Questa porzione lasciata ai figliuoli fu per lungo tempo un 1/4 (26). Ma le regole intorno a questo punto furono più volte modificate da Costantino, e da' posteriori Imperadori (27), e Giustiniano in fine dispose che quando vi sono discendenti o ascendenti fino al terzo grado, costoro, eccetto il solo caso di alto tradimento, debbano essere preferiti al Fisco, e ritener tutto (28), ed allora in vero non v' ha più luogo a vera confisca. Come nei tempi più antichi fosser trattati i beni confiscati, non ci è abbastanza noto. Silla applicò ad essi (29) la *proscriptio bonorum*, che si usava nel concorso (30), e però dopo quel tempo fu solito di vendersi il patrimonio come un tutto, ed il compratore dovea addossarsi i debiti (31). Una somigliante obbligazione di addossarsi i debiti ha luogo eziandio allorchè, come spesso avveniva sotto gli Imperadori, il patrimonio confiscato vien donato, il che dicesi *concessio bonorum* (32), e nel medesimo modo anche nel caso di grazia i debiti ritornano nuovamente all'aggraziato (33), in quanto la grazia siasi effettivamente riferita anche alla confisca e non semplicemente all'altra pena (34). Valentiniano II. impose a dovere del giudice il compilare il più presto possibile un esatto inventario del patrimonio confiscato (35).

2.° Ma vi è anche un certo numero di casi, ne' quali la successione universale avvenuta per pena torna a profitto di persone private. 1) Così allorchè alcuno per pena diviene schiavo di un altro, questi acquista sempre con lui anche il patrimonio (36), e dee quindi addossars e-

(25) L. 1. § 3. D. *eod.*

(26) Spartianus in Hadriano c. 18.

(27) L. 2-24. C. Th. *de bon. proscr.* (9. 42.) L. 8-10. C. *de bon. prosc.* (9. 49.)

(28) Nov. 134. c. 13.

(29) V. sopra § 225.

(30) Vellej. Paterc. II. 28.

(31) Cic. pro Roscio Amer. c. 29. Ad famil. XV. 19. in Verr. II. 1. c. 23.; Ascon. ad h. l.; Theoph. III. 12. pr. Nondimeno Livio Epit. XIV. parla già pel tempo antico di una vendita de' beni.

(32) L. 21. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 41. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de petit. bon. subl.* (10. 12.)

(33) L. 3. L. 5. L. 12. C. *de sent. pass. et rest.* (9. 51.)

(34) L. 30. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. D. *de sent. pass.* (48. 23.)

(35) L. 7. C. *de bon. proscr.* (9. 49.) Confr. anche Nov. Majoriani tit. 5.

(36) L. 6. D. *de in integr. rest.* (4. 1.) L. 2. pr. D. *de fundo dot.* (23. 5.) L. 32. § 6. D. *de don. inter. V. et U.* (24. 1.) § 1. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. ad h. l.

ne anche i debiti (37), il che secondo il dritto più nuovo non può veramente avvenire, se non quando alcuno dolosamente si è lasciato vendere per partecipare del prezzo (38), o allorchè una manomissione vien rivocata per cagione d'ingratitudine (39), ma, finchè fu in voga il *Sctum Claudianum* (40), ebbe luogo eziandio allorchè una donna per illecite pratiche con uno schiavo altrui diveniva schiava del padrone di quest'ultimo (41), e secondo le dodici Tavole senza dubbio avea anche luogo ogni volta che un debitore per la *manus injectio* veniva in potestà del creditore (42), ovvero il *fur manifestus* diveniva schiavo del derubato (43). 2) Gli altri casi che qui si possono riferire furono tutti introdotti per la prima volta da Giustiniano, cioè A. chi rapisce una donna libera contro suo volere perde il suo patrimonio a benefizio della rapita (44); B. nel divorzio non di rado un conjuge può ottenere dall'altro una quota del patrimonio, della qual materia già più innanzi ne abbiam veduto i particolari (45); e C. allorchè alcuno che abbia di già figliuoli da un legittimo matrimonio scientemente contrae matrimonio incestuoso, il suo patrimonio dee passare a questi figliuoli, coll'obbligo però di alimentarlo (46), al che in ogni caso D. si può anche aggiugner che la vedova, la quale non abbia osservato l'anno del lutto può col rilasciare ai suoi figliuoli del primo matrimonio la metà del suo patrimonio liberarsi dalle pene che per questo le son minacciate (47).

B. Per altre ragioni.

§ 295. Anche senza lo scopo di una pena noi troviamo una successione universale nel patrimonio di una persona vivente:

(37) Caj. IV. 77.; § 5. J. *de noxal. act.* (4. 8.) L. 2. pr. L. 7. § 2. 3. D. *de cap. min.* (4. 5.) L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(38) V. § 121. Nota 9.

(39) V. § 131. Nota 8-11.

(40) V. § 121. Nota 21-24.

(41) § 1. J. *de success. subl.* (3. 12.) Theoph. ad h. l.

(42) V. § 225. Nota 10. In ciò stava una protezione dei debitori, contro l'applicazione inconsiderata della *manus injectio;* imperocchè quando il creditore dovea addossarsi i debiti, avea bene a pensare per procedere alla *manus injectio*, se gli altri non vi prendessero parte, nel qual caso la legge permetteva loro di tagliare in pezzi il debitore. Gell. XV. 1. V. § 129.

(43) V. § 121. Nota 14. c. § 289. Nota 49.

(44) L. un. § 1. C. *de raptu virg.* (9. 13.)

(45) V. § 115.

(46) Nov. 12. c. 2.

(47) Nov. 22. c. 22.

1.° Nella *capitis diminutio minima* di un *homo sui juris*, e per conseguenza 1) nella *in manum conventio* di una *femina sui juris*, 2) nella arrogazione, 3) nell'entrare di un figliuolo sotto la potestà del suo padre mediante la *causae probatio*, 4) nella legittimazione, e 5) nella rivoca di un'emancipazione a cagione d'ingratitudine, nei quali casi secondo il dritto antico, il patrimonio del *capite deminutus* ricadeva a colui, nella potestà del quale egli entrava (1), ma però senza i debiti (2), e con ciò sta in connessione la *in integrum restitutio propter capitis diminutionem* (3), il che intanto nel dritto di Giustiniano è andato via, imperocchè la *in manum conventio*, e la *causae probatio* sono scomparse, e negli altri casi si applica la prescrizione di Giustiniano relativa all'arrogazione, cioè che il padre debba conseguire sul patrimonio il solo usufrutto, ed inoltre debba pagare i debiti fino a concorrenza del medesimo (4).

2.° Nella *sectio bonorum* nel concorso, la quale sebbene disusata pure non era al tutto divenuta inammisibile, allorchè i creditori trovavano l'opportunità di vendere con vantaggio tutta l'intera massa (5), pel qual modo eziandio l'interò patrimonio del debitore passa nel compratore (6), ma del pari senza i debiti, giacchè appunto per soddisfare questi debiti il compratore paga il prezzo della compra (7).

3.° Nella emancipazione senza una legittima ragione di un impubere arrogato, al quale in tal caso oltre del suo proprio patrimonio, che gli si dee restituire, spetta anche un 1/4 del patrimonio del padre, la *quarta divi Pii* (8).

4.° E nell'entrare in un Chiostro, nel qual caso il patrimonio ricade

(1) Per la *in manum conventio* il dimostrano Cic. pro Flacco c. 35. Topica c. 4.; Caj. III. 82-84. IV. 38.; per l'arrogazione Caj. III. 82.; L. 15. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) pr. § 1. 2. J. *de adquis. per arrog.* (3. 10.); Theoph. ad h. l. Per rispetto agli altri casi mancano per verità delle espresse testimonianze, ma nondimeno non v'è dubbio che qui eguali cause aveano eguali effetti.

(2) Caj. III. 84.; L. 42. D. *de pecul.* (15. 1.)

(3) V. § 89.

(4) § 2. 3. J. *de adquis. per arrog.* (3. 10.) Theoph. ad h. l.

(5) Non si oppone pr. J. *de success. subl. quae fiebant per bon. vend.* (3. 12.) *Theoph.* ad h. l.

(6) V. § 225. Nota 49.

(7) Trovasi un'eccezione solo in quanto il compratore dee patire che gli si opponga la compensazione e deduzione da parte de'debitori della massa, i quali abbiano dal canto loro a richieder qualche cosa Caj. IV. 65.

(8) § 3. J. *de adopt.* (1. 11.) L. 13. D. *si quid in fraud patr.* (38. 5.) L. 2. C. *de adopt.* (8. 48.) V. § 97. Nota 49.

al Chiostro, e ciò per intero allorchè non vi sono nè discendenti nè ascendenti, ma al contrario se vi son discendenti, questi ne ottengono due terzi, ed in difetto di discendenti, gli ascendenti ne conseguiscono un solo terzo (9).

2) Nel patrimonio di un morto.

§ 296. Alla morte di ognuno, che lascia un patrimonio effettivamente appartenente a lui medesimo, è regola, che ha luogo una successione universale nella sua facoltà. Ma nel tempo stesso si può incontrare anche una successione singolare in singole parti del patrimonio, sia per disposizione di legge (1), sia principalmente per volontà del morto (2); questo però non è essenziale, ma è del tutto accidentale, mentre per contrario vi son sempre delle persone che hanno un dritto alla successione universale, cosicchè questa non manca mai se non quando niuno ne allega delle pretensioni, almeno dopo la *lex Julia* e *Papia Poppaea*, mentre prima potea bene avvenire che non vi fosse alcuno, al quale spettasse un dritto sul patrimonio del defunto (3). Il dritto a questa successione universale vien detto dritto ereditario nel senso subjettivo, e la successione medesima eredità, *hereditas* (4), ed il successore chiamasi *haeres* (5); nondimeno qui è anche da distinguersi la successione ordinaria, cioè fondata sopra regolari ed ordinarie cause di successione, e la straordinaria che è fondata sopra cagioni, le quali solo per eccezione si applicano, mentre le espressioni *heres* ed *hereditas* non sono mai usate nell'ultima, ma questa anzi vien contrapposta all'*hereditas* (6). La più parte dei casi di siffatta straordina-

(9) Nov. 5. c. 5. Nov. 123. c. 38.

(1) Per es. quando la dote data al padre pel figliuolo, alla morte del primo, ricade a quest' ultimo § 111. Nota 15.; quando alla morte di un *socius liberalitatis principis* l'altro, in certe circostanze, prende anche la parte di donazione di costui § 343. Nota 26., e quando alla morte di uno fra più usufruttuarii la sua porzione si accresce ai rimanenti § 182. Nota 11. Oggidì ordinariamente gli oggetti di una siffatta successione chiamansi porzione statutaria, perchè gli statuti Tedeschi frequentemente ammettono una siffatta successione singolare.

(2) Legatum, fideicommissum, donatio mortis causa.

(3) V. § 299. Nota 13.

(4) L. 24. D. *de V. S.* (50. 16.) « Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus defuncti ». L. 62. D. *de R. J.* (50. 17.)

(5) *Heres* è la stessa cosa di *herus*, padrone, Festo p. *Herus*, Plaut. in Menechm. III. 2. v. 11. § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.), e per conseguenza *hereditas* propriamente significa il dominio che si trasmette in un altro.

(6) L. 20. § 10. D. *hered. pet.* (5. 3.) L. 2. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 128.

ria successione ebbe origine per la prima volta al tempo degl' Imperadori, ed a questi appartengono : 1) la successione, che già s'incontra nelle dodici Tavole del tesoro dello Stato nel patrimonio di una Vestale morta senza testamento (7), 2) la successione del Fisco e di alcune altre persone nei beni giacenti, pei quali non vi sono ordinari eredi, introdotta parte nella *lex Cornelia testamentaria*, e parte nella *lex Papia Poppaea* (8), 3) la successione del padre introdotta da Ottaviano pel peculio castrense e quasi castrense di un suo figliuolo morto senza testamento, prima della Novella 118.(9), 4) la successione degli schiavi introdotta da Marco Aurelio mediante l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* (10), 5) la successione della vedova povera introdotta per la prima volta da Giustiniano (11), e la successione del pari introdotta la prima volta da Giustiniano della concubina e dei figliuoli nati dal concubinato (12). Una denominazione generale per tutti gli acquisti fatti ad occasione di morte è *mortis causa capio*, la quale si applica anche a quei tali acquisti, che non contengono alcuna successione rispetto al morto, ma in preferenza si applica a quegli acquisti, pei quali non vi è alcun nome speciale (13). In senso più ristretto solo la teorica della eredità forma l'oggetto del dritto successorio in senso objettivo; ma in un senso più ampio questo abbraccia la teorica di tutti gli acquisti per occasione di morte. La letteratura del dritto successorio Romano, fatta astrazione da quella frazione che se ne trova nei trattati e manuali, non è abbastanza copiosa nella esposizione di tutto il sistema (14). Nondimeno qui si possono anche riferire quelle opere,

§ 1. D. *de R. J.* (50. 17.). I moderni indicano i successori straordinari come possessori dell' eredità per contrapposto agli eredi propriamente detti. V. *Meyer* sulla success. intestata di Amburgo 1836. § 7.

(7) V. § 343. Nota 4.

(8) V. § 343. Nota 5. e 6.

(9) V. § 342. Nota 19.

(10) V. § 343. Nota 15-22.

(11) V. § 344. n. I.

(12) V. § 344. n. II.

(13) L. 55. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 8-10. L. 18. L. 21. L. 31. D. *de mortis causa donat. et capion.* (39. 6.) *Loffler diss. de mort. caus. cap. Lips.* 1751. 4.

(14) I più rinomati sono *J. Vasquius* de success. et ult. voluntatibus Frankfort 1676. *Lobethan* trattato compiuto della teorica della successione Halle 1776. 8.; *Madihn* principia juris Rom. de success. s. de jure hereditario systematice in usum praelect. disposita Frankfort. 1787. 8. ; ivi 1792. 8.; *Zimmern* Quadro del dritto ereditario comune vigente in Germania Heidelb. 1823. 8.; *Hartitzsch* Il dritto di successione della legislazione romana e delle legislazioni attuali secondo il metodo di *Haubold* Lipsia 1827.

nelle quali il dritto successorio Romano vien confrontato col dritto successorio di altre legislazioni (15).

CAPITOLO I.

TEORICHE GENERALI.

I. Condizioni della successione ereditaria.

§ 297. La successione ereditaria in generale presuppone due cose. 1.° Colui, nel patrimonio del quale essa dee aver luogo, debbe esser di già morto (1), e per tal ragione nelle fonti questi per ordinario vien detto semplicemente *defunctus*. Colui che pretende alla successione dee provare la morte (2), e perfino il momento stesso della morte, quando importa di conoscerlo, come in più casi accade (3), debbe esser dimostrato da colui, che vi fonda sopra dei dritti. Intanto anche qui alcune presunzioni di legge possono liberare dal carico della pruova, e queste sono: 1) per coloro che sono scomparsi, la presunzione della morte dopo scorsi settant'anni (4), e 2) per coloro che son periti insieme, la presunzione di una morte contemporanea (5), salvo allorchè sieno insieme periti genitori e figliuoli, nel qual caso si presume che i figli impuberi sieno morti prima, ma per contrario i puberi sieno morti dopo i genitori (6). Oltre a ciò la *fictio legis Corneliae*, che colui, il quale muore prigione presso al nemico, sia morto nel momento medesimo che cadde in loro

8., 1831. 8.; *Hunger* il dritto Romano sulla successione Erlang. 1834. 8.; *Mayer* la successione universale per causa di morte. Berlino 1840. 8.

(15) *Dalwigk* Saggio di un'esposizione filosofico-giuridica del dritto di successione secondo la guida del dritto Romano, dei nuovi codici, e di molti statuti locali, con progetti di legge 3. vol. Wiesbaden. 1820-22. 8.; *Gans* Il dritto di successioue nello svolgimento storico-mondiale, che è una parte della storia universale del dritto 4. vol. Berlino 1824-35. 8. ; *Paulsen* De antiquo populorum juris hereditarii nexu cum eorum statu civili speciatim juris Scandinavici, Germanici, et Romani ratione habita. Sect. I. et II. Havniae 1823-24. 8.

(1) L. 1. D. *de her. vel act. vend.* (18. 4.) « *Viventis hereditas non datur* » L. 27. L. 94. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(2) L. 19. D. *eod.* L. 2. § 4. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.)

(3) V. § 345. Nota 26.

(4) V. § 22. Nota 15.

(5) L. 10. L. 17-19. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(6) L. 23. L. 24. D. *eod.* Una eccezione pei legati si contiene nella L. 17. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

potere (7) precisamente nel dritto successorio ha la sua principale applicazione (8).

2.° È mestieri eziandio che il morto abbia lasciato un patrimonio a lui appartenente. Per conseguenza 1) per gli *homines alieni juris* la successione ereditaria era nel dritto antico interamente esclusa; imperocchè essi non potevano possedere altro patrimonio che un *peculium profectitium*, il quale però apparteneva al loro padrone o padre, e quindi alla loro morte rimaneva al medesimo (9). Incontrasi una eccezione in prima pei *servi publici*, essendochè a costoro era conceduto di nominare un erede per la metà del loro peculio (10), e per la introduzione del peculio castrense e quasi castrense, come pure del così detto *peculium adventitium*, anche per rapporto ai figliuoli sotto la patria potestà divenne possibile la successione ereditaria, se possedessero per avventura un cosiffatto patrimonio (11). 2) Per somiglianti ragioni anche per gli *homines qui in libertate morabantur* non potea aver luogo alcuna successione ereditaria, imperocchè tostochè essi erano morti, il loro acquisto, che erasi loro lasciato ritenere fino a quel momento, veniva riguardato come appartenente al loro padrone antico, o agli eredi di costui (12), la qual cosa fu di poi applicata anche ai *Latini Juniani* (13), e 3) per le medesime ragioni non ha luogo la successione ereditaria pei deportati, imperocchè qui la confisca si estende eziandio agli acquisti posteriori, e per conseguente non vi può essere verun patrimonio (14), mentre in altri casi la confisca, anche nel caso di condanna a morte, non rende impossibile l'esistenza di una eredità (15).

II. Degli eredi (*).

§ 298. Nel senso stretto e proprio solo quegli è erede *heres*, il quale per una regolare causa di successione già fondata nell'antico dritto

(7) V. § 22. Nota 14.

(8) V. § 326.

(9) L. 1. § 3. 4. D. *quando de pecul. act. ann. sit.* (15. 2.)

(10) Ulp. XX. 16.

(11) V. § 317. e § 342. Nota 20. e 21.

(12) Caj. I. 22.; Fragm. Vet. Jcti *de jur. spec. et man.* § 6. 7. V. la mia St. § 35. Nota 15.

(13) V. la mia St. § 80. Nota 8. e più sopra § 283. n. III.; s § 354. Nota 13.

(14) V. § 294. Nota 11.

(15) V. § 294. Nota 9. e 10.

(*) *Reichhelm* Sulla nozione dell'erede e la natura del dritto ereditario, nel suo saggio di una interpetrazione delle leggi oscure. Halle 1799. n. 5. p. 198. seg.

civile diviene l'immediato successore universale di un morto. Nondimeno sono anche espressamente dichiarati *heredes* parecchi di coloro che per posteriori estensioni delle antiche regolari cause di successione han conseguito un dritto ereditario (1); inoltre anche gli altri successori universali per causa di morte sono in generale assomigliati agli eredi *heredis loco sunt* (2); finalmente anche gli eredi di un erede, almeno per molti rapporti, son ritenuti come eredi del defunto, il cui patrimonio mediatamente è ad essi pervenuto (3). La qualità di essere erede non comincia che con l'effettivo acquisto del patrimonio (4), ma allora però prende data retroattivamente dalla morte del defunto (5), e per regola non cessa per la ragione, che l'erede per qualsivoglia causa debba nuovamente restituire il patrimonio (6). L'erede unico chiamasi erede universale, *heres ex asse* (7), ma possono anche essere insieme più coeredi, *coheredes*, i quali allora debbono dividere l'eredità per parti, *partes quotae* (8), nel qual caso i Romani ordinariamente procedono (9) secondo la loro ordinaria maniera di computare le frazioni dell'*As*, il quale si divide in dodici once (10), ancorachè si trovi eziandio un'altra maniera di divisione (11). Nonpertanto si considera come se ciascuno di più eredi fosse chiamato all'intero, e per conseguenza come se il dritto di ciascuno fosse limitato solo per la concorrenza degli altri partecipanti al medesimo dritto; per la qual ragione quando

(1) Come i successori pel Senatoconsulto Tertulliano e pel Senatoconsulto Orfiziano, e gli eredi secondo la Nov. 118.

(2) L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) Caj. III. 32.; L. 2. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 20. § 6. 7. 10. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3) L. 1. § 18. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.)

(3) L. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 5. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 65. L. 70. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 194. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 14. C. *de hered. instit.* (6. 24.)

(4) V. § 301.

(5) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 28. § 4. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 54. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 98. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 14. § 3. D. *quando dies* (36. 2.)

(6) L. 88. D. *de hered. inst.* (28. 5.) « Semel heres semper heres » L. 43. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.). Un'eccezione ha luogo segnatamente nella clausola privatoria V. § 313.

(7) L. 13. § 5. 6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 10. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 19. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(8) Intorno all'*heres ex re certa* veggasi il § 331.

(9) L. 13-15. L. 50. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(10) V. § 234. Nota 16.

(11) L. 13. § ult. D. *eod.*

alcuno non acquista la sua parte, questa da sè medesima si deferisce agli altri, il che dicesi dritto di accrescimento *jus accrescendi* (12). La distinzione di *heredes ex testamento* ed *heredes legitimi* s. *ab intestato* si rapporta solamente alla causa di successione (13). Ma ha una speciale importanza la distinzione di eredi necessari, *heredes necessarii*, i quali per regola non possono rifiutare la successione, e di eredi volontari *heredes extranei*, i quali non son mai obbligati di essere eredi. 1) Ai primi appartengono: A. gli schiavi del defunto, che in preferenza sono indicati semplicemente come *necessarii heredes*, allorchè sono stati dal medesimo nominati eredi (14). B. I figliuoli alienati dal defunto, che si trovano tuttora *in mancipio*, ma anche soltanto allorchè sono stati dal defunto nominati eredi (15) e C. i *sui heredes*, o *sui et necessarii heredes* (16), cioè i discendenti del defunto, che alla sua morte ritrovansi nella sua potestà, o vi si sarebber trovati, se a quel tempo fossero di già nati, compresi eziandio i figliuoli adottati, e legittimati (17), come pure, secondo il dritto antico, la moglie *in manu* del defunto o di un figliuolo del medesimo, che era assomigliata ad una figliuola, (18). 2) Per contrario per eredi volontari *extranei heredes* s'intendono tutti quegli eredi, che alla morte del defunto non si trovano sotto la sua potestà e non importa se da prima vi sieno stati, ovvero se si trovino sotto la potestà di un altro, o no (19). Con gli eredi necessarii non son da confondere gli eredi legittimarii, come ora si sogliono addimandare certi eredi, che il defunto non può a suo arbitrio escludere dalla successione (20).

(12) V. § 369.
(13) V. § 300.
(14) § 1. J. *de her. qual.* (2. 19.) Caj. II. 152-156.; Ulp. XXII. 24.; tit. C. *de necessario servo herede instituto vel substituto* (6. 27.)
(15) Caj. II. 160.
(16) *Griesinger* Storia e nuova teorica della suità. Stuttgart 1807. 8.
(17) Caj. II. 157-160. III. 2-8.; Ulp. l. c. § 2. J. *de her. qual.* (2. 19.) § 2-8. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 11. L. 29. § 12-15. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. § 2. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 7. D. *de bon. damn.* (48. 20.)
(18) Collat. L. L. Mos. et Rom. XVI. 2. 6.; Caj. II. 159.
(19) § 3. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 1. L. 2. L. 10. L. 80. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Caj. II. 161. Soltanto i *liberi in mancipio* formano qui un'eccezione V. Nota 15.
(20) V. appresso il capitolo 5. Il chiamare gli eredi legittimarii anche *heredes necessarii* può dar luogo ad errori.

III. Della eredità.

§ 299. Il patrimonio che forma l'oggetto della successione ereditaria appellasi anche eredità *hereditas* (1); questa parola quindi ha una doppia significazione (2). Come un tutto complessivo, che solo nell'idea forma una unità, l'eredità viene annoverata fra le *res incorporales* (3); e non è neppure necessario che in essa si ritrovino delle cose, potendo anche solamente consistere in dritti (4), come pure non importa per la sua nozione, se i debiti oltrepassino o no i beni (5). Finchè l'eredità non è stata ancora acquistata dagli eredi, appellasi *hereditas jacens*, la quale non ha padrone (6). Ma perchè un patrimonio non forma un tutto, se non per rapporto ad un possessore, al quale tutte le parti del medesimo appartengano, e quindi un patrimonio senza padrone contiene una contraddizione intrinseca, e giuridicamente si verrebbe a risolvere in parti, così il defunto per finzione si ritiene tuttora esistente, il che si esprime con la frase che l'*hereditas jacens* rappresenti il defunto, dal che nel tempo stesso è venuto che la medesima sia trattata come una persona giuridica (7). Per questo mezzo il patrimonio vien ritenuto come unità, e per conseguenza non solo continuano in esso i dritti e le

(1) L. 208. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 11. D. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.) L. 1. L. 3. D. *de bon. poss.* (37. 1.) Cic. top. c. 6.

(2) V. § 296. Nota 4.

(3) § un. J. *de reb. incorp.* (2. 2.) L. 1. § 1. D. *de her. div.* (1. 8.)

(4) « Hereditas sine ullo corpore juris intellectum habet » L. 50. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 178. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.)

(5) L. 32. D. *mand.* (17. 1.) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 10. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(6) L. 1. pr. D. *de rer. div.* (1. 8.) Caj. II. 19. L. 13. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 13. § 5. D. *quod vi aut clam* (43. 24.)

(7) Pr. J. *de stip. serv.* (3. 17.) § 2. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 31. § 1. L. 61. D. *eod.* (28. 5.) L. 32. § 2. L. 34. L. 61. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 15. pr. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 9. C. *depositi* (4. 34.). Alcuni Giureconsulti Romani dicevano che l'eredità rappresenta il futuro erede L. 24. D. *de novat.* (46. 2.) L. 22. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 35. D. *de stip. serv.* (45. 3.), ma questa non era una teorica riconosciuta, e ciò è praticamente importante; imperocchè se l'eredità rappresenta il defunto, nelle occorrenze dell'eredità bisognerà anche prender regola dai così detti *statuta personalia* del medesimo, e per conseguenza l'eredità dovrà anche godere del foro e dei privilegi personali del defunto, per quanto essi sieno applicabili, come in ispezialtà delle esenzioni dalle imposte dirette o indirette, di cui godeva il defunto, le quali cose non potrebbero aver luogo, se l'eredità rappresentasse la persona ancora sconosciuta dell'erede.

obbligazioni del defunto, in quanto non sieno strettamente personali (8) ed anche i rapporti di possesso, quando le cose non ne sieno uscite (9), ma l'eredità in tutte quelle guise, che non richiedono alcuna personale attività del possessore del patrimonio (10), può eziandio fare acquisti (11), ed obbligarsi (12). Non ostante quella finzione l'*hereditas jacens* secondo il dritto antico veniva effettivamente riguardata come senza padrone, tanto che ciascuno, senza andar soggetto a pena, potea impossessarsi delle cose ad essa appartenenti, ed acquistarle anche mediante la così detta *usucapio lucrativa pro herede* (13), purchè ne avesse effettivamente preso possesso dopo la morte del defunto, e non volesse semplicemente riguardar come una *possessio pro herede* un possesso di cose ereditarie già prima acquistato (14). Ma sotto Marco Aurelio questo dilapidamento delle eredità fu interamente proibito, sebbene rimanesse tuttavia un resto dell'antica licenza nella esclusione delle azioni di furto per le sottrazioni commesse sull'eredità giacente (15). Del resto può destinarsi un curatore per l'amministrazione della *hereditas jacens*. Secondo l'Editto del Pretore questo per verità non

(8) In virtù della rappresentazione del defunto per mezzo dell'eredità, a rigore anche i diritti e le obbligazioni strettamente personali dovrebbero sussistere fino all'accettazione dell'eredità, ma nondimeno questa conseguenza non è ritenuta.

(9) Alla L. 1. § 15. D. *si is qui test. lib.* (47. 4.) che nega ciò si possono opporre molti testi L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 15. pr. L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurpat.* (41. 3.) L. 12. § 1. 2. L. 22. § 3. L. 29. D. *de captivis* (49. 15.)

(10) L. 15. pr. D. *de in diem. addict.* (18. 2.)

(11) Così l'eredità può usucapire L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurp.* (41. 3.); può acquistare per mezzo degli schiavi ad essa appartenenti L. 15. pr. L. 41. § 3. D. *eod.* L. 116. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 12. § 1. L. 29. D *de capt.* (49. 14.) L. 9. C. *depositi* (4. 34.) pr. J. *de stipul. serv.* (3. 17.) L. 35. L. 36. D. *eod.* (45. 3.), mentre costoro non acquistano immediatamente al futuro erede L. 16. L. 28. § 4. D. *eod.* L. 18. D. *de adq. rer. dom.* (41. 1.) L. 43. D. *de adq. her.* (29. 2.); e può acquistare dei crediti per le lesioni recate L. 13. § 2. L. 43. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 13. § 24. D. *quod vi aut clam* (43. 24) L. 15. pr. D. *de interrog. in jure* (11. 1.), ovvero per la gestione dei negozii che altri abbia intrapresi per essa L. 3. pr. § 6. L. 21. § 1. D. *de negot. gest.* (3. 5.), ovvero pel verificarsi della condizione nelle convenzioni condizionali del defunto L. 77. D. *de V. O.* (45. 1.), ovvero per la fidejussione prestata da alcuno L. 22. D. *de fidejussor.* (46. 1.). Del pari appartengono naturalmente all'eredità gli oggetti che provengono dalle cose ereditarie L. 3. § 6. D. *de neg. gest.* (3. 5.) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 26. L. 27. L. 40. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(12) Così p. es. l'eredità rimane obbligata per una *negotiorum gestio* intrapresa per essa L. 3. pr. § 6. L. 21. § 1. D. *de neg. gest.* (3. 5.)

(13) Caj. II. 52-58. Cic. *de legib.* II. 19. V. § 168. Nota 14.

(14) L. 2. § 1. D. *pro herede* (41. 5.) L. 33. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(15) V. § 286. Nota II. 5.

poteva aver luogo, se non quando per lunga pezza era rimasto incerto, se vi fossero degli eredi, o se questi accettassero, e per tal ragione i creditori, siccome in tal caso era loro permesso dall Editto, si faceano concedere provvisoriamente la *missio in possessionem rei servandae causa*, ed allora dovea nominarsi un curatore per amministrare il patrimonio, finchè non fosse certo se l'l'eredità si accettasse, o invece dovesse esser venduta pei creditori (16). Nondimeno secondo la pratica posteriore il magistrato può sempre in tal caso nominare un curatore, allorchè lo stima conveniente (17).

IV. Deferimento ed acquisto dell'eredità:

1) *Deferimento.*

§ 300. Tra la semplice possibilità o aspettativa di divenire in appresso l'erede di alcuno, e l'effettivo acquisto dell'eredità sta nel mezzo il *deferimento*, come l'apertura della successione per determinate persone, per modo che queste possano subito divenire eredi (1), ed a ciò si richiede 1) che quegli, della cui eredità si tratta sia già morto, 2) che vi sia una valida causa di successione, 3) che non vi sia alcuno dei più prossimi chiamati, imperocchè quelli, che hanno per sè una causa di successione non son tutti uguali fra loro, e 4) che, se la causa di successione sia condizionale, il che può avvenire sì per volontà del defunto, e sì per disposizione della legge (2), la condizione siasi di gia verificata. Ma le cause possibili di successione sono di due specie:

1.° Per regola sta nella libera facoltà del defunto, e talvolta anche di un altro in sua vece (3) di dichiarare anticipatamente chi voglia per suo erede. Soltanto, ciò deve avvenire in un testamento cioè in una disposizione unilaterale fatta nella forma legale (4), giacchè il dritto Romano non solo non fa valere le istituzioni di erede senza l'osservan-

(16) L. 23. § 2-4. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 6. § 2. L. 8. L. 9. pr. D. *quib. ex caus. in poss. eat.* (42. 4.) L. 9. § 5. D. *de bon. auct. jud.* (42. 5.) L. 1. § 1. 2. D. *de cur. bon. dando* (42. 7.)

(17) L. 3. D. *de cur. fur.* (27. 10.) L. 1. § 4. D. *de muner.* (50. 4.) V. § 136. Nota 45.

(1) L. 151. D. *de V. S.* (50. 16.) « *Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi* ».

(2) P. es. quando delle *personae incapaces* fra i cento giorni dalla morte del testatore avrebbero dovuto ottenere la capacità.

(3) *Substitutio pupillaris* e *quasi pupillaris* V. § 333. e 335.

(4) V. § 310.

za della forma prescritta (5), ma rigetta eziandio come pericolose ed immorali (6) le successioni convenzionali, che in Germania son riconosciute come istituzioni contrattuali (7). La successione che viene da siffatta causa addimandasi successione testamentaria, *successio testamentaria s. ex testamento*, e glieredi si chiamano eredi testamentarii, *heredes testamentarii s. instituti*.

2.° Ma quando o non si è formato alcun valido testamento, o questo è venuto meno, allora entra a supplemento la legge, la quale chiama alla successione in un certo ordine i parenti ed il conjuge sopravvivente del defunto, il perchè gli eredi chiamati in tal modo appellansi eredi legittimi o intestati, *heredes legitimi s. ab intestato*, e la successione addimandasi successione legittima o intestata, *successio legitima s. ab intestato*. Or siccome, secondo che dal fin qui detto apparisce, gli eredi testamentarii vanno innanzi agli eredi ab intestato (8), siccome ciascun erede si considera come chiamato all'intero (9), e rimane sempre erede (10), ed ancora, tostochè ha acquistato l'eredità, si reputa come già entrato nel dominio fin dalla morte del defunto (11), così ne segue spontaneamente che, allorquando vi sono eredi testamentarii validamente nominati, ed hanno ottenuta la successione, gli eredi legittimi ne sono in tutto esclusi, anche se quelli fossero istituiti solamente *ex die* o *ad diem* (12), ovvero in una sola parte dell'eredità (13). Adunque al defunto è permesso solamente di nominare il futuro padrone del suo patrimonio, ma non già di restringere il dominio di costui per rapporto al tempo ed alla estensione, per modo che potesse aver luogo in parte anche la successione legittima, il che si esprime con la regola: « *nemo pro par-*

(5) L. 9. L. 13. L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)

(6) L. 52. § 9. D. *pro socio* (17. 2.) L. 1. L. 7. L. 11. D. *de her. vel. act. vend.* (18. 4.) L. 61. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 15. L. 19. C. *de pact.* (2. 3.) L. 23. L. 34. C. *de transact.* (2. 4.) L. 5. C. *de pact. conv.* (5. 15.) L. 4. C. *de inut. stip.* (8. 39.) *Malblank* diss. de causis improbati pacti hereditarii ex jure Rom. Tubingae 1798. 4. Non è una vera eccezione quella che si contiene nella L. 30. C. *de pact.* (2. 3.) V. § 360. n. III.

(7) *Linde* diss. de successione Germanica in primis pactitia Bonn 1820. 8. ; *Hasse* nel Museo Renano, vol. II. p. 149. seg. 300. seg. *Beseler*; le donazioni a causa di morte 2. vol. Gott. 1835-37. 8.

(8) Pr. J. *de her. quae ab int.* (3. 1.) L. 1. pr. D. *si tab. test. nullae ext.* (38. 6.) L. 1. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

(9) V. § 298. Nota 12.

(10) V. § 298. Nota 6.

(11) V. § 298. Nota 5.

(12) § 9. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 34. L. 88. D. *eod.* (28. 5.)

(13) L. 1. § 4. L. 9. § 13. L. 10. L. 19. D. *eod.*

te testatus, pro parte intestatus decedere potest» (14). Nondimeno questa regola patisce le sue eccezioni (15), e ci ha dei casi ne'quali un testamento valido nella forma per cagione degli eredi legittimarii dee cedere alla successione *ab intestato* (16), la qual successione a ragione si potrebbe chiamare successione contro un testamento *successio contra testamentum* (17).

2) Acquisto:

A. Secondo il dritto civile (*).

§. 301 In rapporto all'acquisto di una eredità deferita, secondo i principii del dritto civile, sono da distinguersi gli eredi necessarii e gli eredi volontari (1):

1°: Siccome i *necessarii heredes* non possono ricusare l'eredità, senza che importi se sieno chiamati come eredi testamentarii o *ab intestato*, così da parte loro non si richiede alcuna accettazione dell'eredità, ma son tenuti *ipso jure* come eredi (2), anche quando ignorino il defe-

(14) § 5. J. *eod.* L. 7. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 15. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.) Cic. de invent II. 21. La ragione semplice di questa regola è senza dubbio che i Romani sotto l'*hereditas* non altrimenti che sotto la proprietà comprendevano un dominio per se durevole ed universale, il quale certamente non escludeva la concorrenza di un comproprietario investito del medesimo dritto, ma per altro comprendeva interamente e per sempre il suo oggetto, e per questo anche avea luogo il *jus accrescendi* nella successione intestata non meno che nella successione testamentaria senza esser limitato da una *successio ordinum et graduum*, la quale in generale era sconosciuta all'antico dritto. *Reichelm* l. c.p. 215. Intorno alle altre idee veggasi *Haubold* Diss. de causis cur idem test. et intest. decedere non possit Lipsia 1788. 4. ; *Thibaut* tratt. civ. n. 5.; *Klupfel* diss. sul dritto civ. Stuttgart 1817. n. 1. *Seuffert* nell'Arch. per la prat. civ. vol.III. n. 15.; *Dereburg* contribuzioni alla storia dei testamenti Bonn 1821. 8. p. 302. seg.; *Gans* dritto di successione vol. II. p. 9.; *Huschke* nel Museo Renano vol. VI. n. 8.

(15) L. 15. § 2. L. 19. pr. L. 24. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 6. L. 41. pr. D. *de mil. test.* (29. 2.) L. 19. § 2. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 2. C. *de test. mil.* (6. 21.)

(16) V. appresso cap. 5.

(17) Ciò s'incontra anche in un'applicazione, cioè nella *bonorum possessio contra Tabulas.*

(*) Qui è necessario che si tratti questa teorica, perchè altrimenti non si comprenderebbe abbastanza la *bonorum possessio*, la cui spiegazione è qui indispensabile.

(1) V. § 298. Nota 14-19.

(2) § 1. 2. J. *de her. qual.* (2. 19.) § 2-8. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 42. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 3. C. *de jure delib.* (6. 30.)

rimento (3), o sieno al tutto incapaci di volontà (4), e ciò nel deferimento senza condizione ha luogo incontanente fin dal momento che l'eredità è deferita, altrimenti solo dal verificarsi della condizione (5). Soltanto, allorchè sono istituiti in un testamento con la espressa condizione, se vogliano essere eredi, debbono egualmente che gli altri eredi dichiarare la loro volontà di accettare l'eredità, imperocchè allora possono anche ricusarla (6).

2.° Per contrario gli *extranei heredes*, per acquistare l'eredità deferita, debbono sempre adirla, cioè far nota la loro accettazione (7), salvo, secondo il dritto nuovo, quando sono discendenti del defunto, imperocchè costoro, secondo la disposizione di Teodosio II. in generale debbono divenire eredi *ipso jure* (8), dal che nondimeno non si può affatto dedurre anche l'obbligazione dei medesimi di accettare l'eredità (9). Per ciò che riguarda la specie e la maniera dell'accettazione, questa può avvenire 1) per un'espressa dichiarazione, la quale intendesi principalmente per la *hereditatis aditio*, e secondo il dritto nuovo non richiede veruna formalità (10), ovvero 2) tacitamente per via della *pro herede gestio*, allorchè l'erede nel fatto si comporta da padrone dell'eredità e ne dispone (11), presupposto che gli atti intrapresi fondatamente facciano dedurre l'intenzione di voler essere erede (12), il che segnatamente non è da presumersi pel semplice adempimento delle condizioni potestative imposte (13), e che non sieno manifestamente intrapresi con qualche altra intenzione. Intanto nel dritto più antico ci avea un adizione di forma speciale (14), la quale appellavasi *cretio* da *cerne-*

(3) L. 30. § 6. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 19. § 2. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 8. C. *de suis et legit.* (6. 55.)

(4) L. 7. § 2. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(5) L. 84. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 5. C. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(6) L. 86. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(7) § 3. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 1. L. 2. L. 10. L. 80. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) L. 11. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Confr. anche L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

(9) Qui devesi ritenere ciò che avviene pei legati, i quali si acquistano anche *ipso jure*, ma nondimeno possono essere ricusati senza aver bisogno di una restituzione.

(10) § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 17. C. *de jure delib.* (6. 30.) V. Nota 26.

(11) § 7. J. cit. L. 20. L. 21. L. 88. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. C. *de jure delib.* (6. 30.) Ulp. XXII. 26.

(12) L. 4. pr. D. *de relig.* (11. 7.) L. 20. pr. § 2-5. L. 21. pr. L. 24. L. 40. L. 73. L. 86. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.

(13) L. 1. § 1. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 13, D. *de cond. inst.* (28. 7.) Non si oppone L. 62. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(14) L. 20. § 1. D. *eod.* L. 14. § 8. D. *de relig.* (11. 7.)

re esaminare e decidere (15), e questa era sempre ammessa, ma non era però necessaria, se non quando il defunto nella successione testamentaria aveala prescritta (16). L'essenziale della medesima consisteva nella dichiarazione di accettare l'eredità fatta con certe parole solenni (17), nella quale solevano invitarsi dei destimoni (18), e adoperarsi anche altre cerimonie, che non ci sono precisamente indicate (19). E se la *cretio* era prescritta in un testamento, dovea anche seguire entro un termine determinato, il quale, in difetto di altra determinazione del defunto, era di cento giorni, e questo nella *cretio vulgaris*, cioè allorchè il testatore nella sua disposizione avea aggiunto le parole « *quibus sciet poteritque* », non cominciava a decorrere se non dal tempo che il deferimento era venuto a notizia dell'erede, ma per contrario nella *cretio continua* s. *certorum dierum*, cioè quando nel testamento non si erano adoperate quelle parole, decorreva immediatamente dal momento della delazione (20). Senza dubbio non erano ammessi procuratori (21), salvo allorchè il defunto ne avesse dato il dritto, il che ad-

(15) Caj. II. 164.; Isidori Orig. V. 24.; Varro de L. Lat. lib. VI. ed. Bipont. p. 99. *Gothofredus* ad L. un. C. Th. *de cretione* (4. 1.) *Stockmann* diss. de cretione solemni 1810. 4. *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 5. Il medesimo nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 14.

(16) Caj. II. 167. L. 1. C. Th. *de cretione* (4. 1.)

(17) « Quod me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo çernoque. » Caj. II. 166.; Cic. ad Atticum XIII. 46.; Ulp. XXII. 28.

(18) Cic. l. c. Varro de L. Lat. lib. V. ed. Bipont. p. 73. « Itaque in cretione adhibere jubent testes. » L'opinione di Cujacio obs. VII. 18. che quivi intervenisse anche un *antestatus* per toccar l'orecchio ai testimoni, non ha in se nulla d'inverisimile, ma non ha niuna testimonianza a suo favore.

(19) L'assunto ben problematico di Cujacio l. c., *Merillius* observ. IV., che nella *cretio* l'erede dovesse far certi scoppiamenti con le dita, e quello di *Alteserra* de fiction. jur. III. 2. che egli dovesse anche saltare, si appoggia a Cic. de off. III. 19. « Itaque si vir bonus habeat hanc vim, ut, si digitis concrepuerit possit in locupletium testamenta nomen ejus irrepere, hac vi non utatur, ne si exploratum quidem habeat, id omnino neminem unquam suspicaturum. At dares hanc vim M. Crasso, ut digitorum percussione heres posset scriptus esse, in foro, mihi crede, saltaret, ed *Ambrosius* de Off. III. 11. » non ego in hereditatibus adeundis digitorum percussiones, et nudi successoris saltationes notabo; nam haec etiam vulgo notabilia. « Cicerone manifestamente non parla dell'adizione di eredità, ma dell'istituzione, che un uomo onesto non deve comprare neppur col percuoter delle dita, se per questo mezzo egli il potesse, mentre un Crasso per una preda di tal fatta per la gioja salterebbe anche nella pubblica piazza, e S. Ambrogio potè forse intender male Cicerone, e per tal modo attingere quella sua notizia, la quale riguarda assolutamente l'adizione.

(20) Caj. II. 170-173.; Ulp. XXII. 27. 31. 32.

(21) L. 90. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

dimandavasi *cretio libera* (22). Del rimanente finchè il termine non era decorso, anche una espressa dichiarazione di non voler succedere non impediva l'erede dal fare posteriormente la *cretio* (23); ma se egli avea lasciato trascorrere il termine, allora in origine era in tutto escluso; nondimeno ben presto fu ammesso che ciò non dovesse assolutamente avvenire, se non quando nel testamento si fosse espressamente pronunziata la diseredazione pel caso che non seguisse la *cretio*, e che altrimenti una *pro herede gestio* potesse tener luogo della omessa *cretio*, sebbene colla restrizione, che, quando pel caso che l'erede non ottenesse la successione, fosse stato nominato un altro, l'erede che accettava per la semplice *pro herede gestio*, dovesse rilasciare a questo sostituto la metà dell'eredità (24). Costantino a benefizio dei padri dichiarò non necessaria la *cretio*, allorchè era stato istituito erede un figliuolo sotto la patria potestà, affinchè il padre per l'inosservanza di quella formalità non perdesse l'eredità (25), e Teodosio II. finalmente abolì del tutto la *cretio*; e però da quel tempo l'adizione senza formalità per via di parole, o per via di atti è sempre sufficiente (26). Ma in qualunque guisa possa avvenir questa adizione, essa non è valida nè obbligatoria, se non quando 1) la successione sia di già deferita (27), e per conseguenza, se il deferimento è condizionale, siasi anche di già verificata la condizione (28), e l'erede nel tempo stesso abbia avuto precisa notizia della sua chiamata (29), 2) nel caso che il defunto fosse stato ucciso, sia compiuta l'inquisizione che deve aver luogo contro i suoi schiavi (30), in caso contrario un'adizione anteriore trae con se la perdita della successione (31), e 3) l'erede in persona (32), senza condizio-

(22) Imperocchè Cic. ad Atticum XIII. 46. scrive essergli stata data la *cretio libera*, e voler egli nominare perciò un procuratore.

(23) Caj. II. 168. Ulp. XXII. 30.

(24) Caj. II. 174-178.; Ulp. XXII. 33. 34. Non si può determinare se Cic. ad Attic. XI. 12. sotto la *cretio simplex* abbia inteso la *cretio sine exheredatione*, ovvero la *cretio vulgaris*.

(25) L. 4. C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.)

(26) L. 17. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(27) L. 3. L. 13. § 2. L. 27. L. 39. L. 69. D. *de adquir. hered.* (29. 2.)

(28) L. 13. pr D. *eod.*

(29) L. 13. § 1. L. 19. L. 21. § 2. D. *eod.*

(30) V. Appresso § 327.

(31) L. 1. § 21. L. 3. § 29. L. 5. § 2. 3. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 9. C. *de his quae ut indign.* (6. 39.)

(32) L. 90. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.). Solamente il *procurator Caesaris* del distretto può intraprendere una *gestio pro herede* per l'Imperadore, ed un padre pel suo figlio di famiglia L. 1. § 2. D. *de off. procur.* (1. 19.) L. 4. C. *de jure delib.* (6. 30.) V. nondimeno § 356.

ne (33), e senza limitazione abbia dichiarata la sua accettazione per rispetto all'intera successione a lui deferita (34). In generale dipende dall'erede quando voglia far la sua accettazione. Ma il dritto civile antico conteneva già delle restrizioni di questa libertà 1) nella facoltà data al testatore di poter prescrivere un termine nella successione testamentaria (35), come pure 2) nella *usucapio lucrativa pro herede*, la quale era appunto intesa a sollecitare gli eredi ad una pronta adizione (36); e l'Editto del Pretore aggiunse non solo che 3) i creditori a cagione di una lunga incertezza della successione possano ottenere l'immissione nel possesso dell'eredità (37), ma ancora che 4) quando l'erede chiamato è noto e presente, i coeredi, sostituiti, creditori ereditarii, e legatarii debbano avere il dritto di obbligarlo a dichiararsi mediante un' *interrogatio in jure* (38). Allora il giudice dee prescrivere all'interrogato un termine, il quale da prima dipendeva dalla discrezione del magistrato, e poteva prorogarsi sulla richiesta della parte (39), ma secondo la disposizione di Giustiniano debb'esser di nove mesi, e solo il Sovrano può estenderlo ad un anno (40). Durante questo termine di deliberazione l'erede ha la facoltà di osservare tutte le carte ereditarie (41), di fare sugli affari dell'eredità tutte quelle disposizioni, che non patiscono indugio, senza che questo possa valere come *gestio pro herede* (42), e se è un discendente del defunto, può anche chiedere gli alimenti dall'eredità (43), ma d'altra parte Giustiniano sotto pena della perdita della successione gli impose eziandio il dovere di fare un inventario del patrimonio (44). Che se fra il termine datogli a deliberare egli non si dichiara, allora, se coloro che lo han fatto interrogare sono dei coeredi, o de'sostituiti, egli vien riguardato come rinunziante, ma se sono semplicemente dei creditori o legatarii, vien tenuto come accettante (45).

(33) L. 51. § 1. 2. L. 75. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)
(34) L. 1. L. 2. L. 10. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 57.)
(35) L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.) V. Nota 20.
(36) Caj. II. 55.
(37) V. § 299. Nota 16.
(38) L. 1-6. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 69. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 9. C. *de jure delib.* (6. 30.) Caj. II. 167. L. 1. pr. D. *de succ. ed.* (38. 9.)
(39) L. 1-4. D. *de jure delib.* (28. 8.)
(40) L. 22. § 13. C. *eod.* (6. 30.)
(41) L. 5. pr. D. *eod.* L. 28. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(42) L. 5. § 1. L. 6. L. 7. § 3. D. *de jure delib.* (28. 8.)
(43) L. 7. § 3. L. 9. D. *eod.*
(44) L. 22. § 14. C. *eod.* (6. 30.)
(45) L. 69. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 22. § 14. C. cit.

Del rimanente Giustiniano 5) introdusse un altro caso, in cui l'erede si dee dichiarare tra un certo termine, cioè quando è stata promossa la *querela inofficiosi* (46).

B. Secondo l'Editto del Pretore (*).

a) Bonorum possessio.

§ 302. Molte cose dell'antico dritto successorio stabilito principalmente nelle dodici Tavole, più tardi non corrispondeano più alle idee; il che diede occasione ai Pretori di fare nei loro Editti fin dal tempo della Repubblica talune innovazioni essenziali (1), le quali nondimeno si possono ridurre a due specie.

1.° Fu aperta una nuova via di ottenere l'eredità, la quale in preferenza 1) era intesa ad avere speditamente un nuovo possessore del patrimonio, che ne prendesse cura, ed in caso di necessità ne fosse anche responsabile, per evitare a questo modo i danni, che dalla lunga incertezza di una successione poteano provenire, allorchè gli eredi non si dichiaravano, e per la loro assenza o per la circostanza che non erano noti, non poteano esser costretti a dichiararsi mediante l'*interrogatio in jure* (2); ma nel tempo stesso 2) avea per iscopo di estendere ed agevolare (3) il passaggio del dritto di successione agli eredi più lontani in difetto dei più prossimi, il qual passaggio, secondo il dritto civile antico, non avea luogo che in una sfera ben ristretta (4). Forse eravi 3) anche uno scopo accessorio, di dare cioè un mezzo di decidere chi nel caso di lite sulla successione, dovesse provvisoriamente averne il possesso (5). Le disposizioni sopra la nuova forma di venire all'eredità

(46) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.) V. § 350. Nota 8.

(*) *Hugo* diss. de bon. poss. Halae 1788. 4.; *Koch* bonorum possessio Giessen 1799. 8.; *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n 8. vol. IV. n. 10. § 7.; Seconda storia del dritto di *Hugo* p. 579. seg.; la storia di dritto di *Schweppe* § 426. seg.; *Fabricius* Origine e progresso della *bon. poss.* Berlino 1837. 8.; *Leist* Hist. bon. poss. secundum Tab. Goett. 1841. 8.

(1) Caj. III. 18. seg.; § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.); *Lohr* l. c. vol. III. p. 250. seg.

(2) L. 1. pr. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(3) L. 1. pr. D. cit.

(4) Nel mancare degli eredi testamentarii venivano certamente gli eredi *ab intestato*, ma per questi valeva il principio: *in legitimis hereditatibus non est successio* V. § 370.

(5) *Fabricius* l. c. p. 17. seg. ritiene questo come lo scopo principale e per conseguenza riguarda la *bonorum possessio* originariamente come una *bonorum possessio litis ordinandae gratia data*; ma il luogo di Cic. in Verr. II. 1. c. 44-46., che egli arreca, per lo meno non prova ciò, e non si può ben vedere come la *bon. poss.* avesse po-

furon chiamate *successorium Edictum*. Ma colui che secondo la forma Pretoria avea richiesto ed ottenuto il patrimonio non chiamavasi *heres*, ma sibbene *bonorum possessor*, e così pure il suo rapporto all'eredità veniva indicato come un semplice possesso della medesima, *bonorum possessio* (6), nel che si distinse la *b. p. secundum tabulas* (*scilicet testamenti*) la *b. p. intestati*, e la *b. p. contra tabulas* (*scilicet testamenti*), secondo che il *bonorum possessor* avea conseguito il possesso come erede testamentario, o come erede *ab intestato*, o come erede legittimario contro un testamento (7).

2.° Il dritto di successione fu molto ampliato, mentre l'Editto del Pretore 1) dichiarò validi parte testamenti interi, e parte alcune singole istituzioni di erede, a cui mancavano i requisiti del dritto civile, e per conseguenza ammise alla *b. p. secundum tabulas* degli eredi testamentarii, che il dritto civile rigettava (8), 2) ammise tra gli eredi intestati chiamati alla *b. p. intestati* i parenti ed il conjuge del defunto, che secondo il dritto antico non aveano avuto alcun dritto ereditario, e li distribuì in quattro ordini (9), e 3) finalmente accrebbe anche il numero degli eredi legittimarii, che poteano conseguire la *b. p. contra tabulas* (10). Queste ampliazioni del dritto ereditario non stavano però in alcuna necessaria connessione con la *bonorum possessio*, la cui essenza poggiavasi soltanto sulla nuova forma di accettazione, e bisogna guardarsi dall'errore di comprendere tra i *bonorum possessores* semplicemente i nuovi eredi pretorii (11). La distinzione di *bonorum possessio edictalis* e *decretalis* (12) si riferiva solo a ciò, che la pratica in parte andò anche più innanzi che l'Editto, ed in più casi ad alcune persone, le quali secondo le parole dell'Editto o in generale, o nelle attua-

tuto essere di gran necessità per questo scopo; ad ogni modo qui non è da pensare a ciò che i Romani chiamavano la *b. p. litis ordinandae gratia*, cioè la *b. p. intestati*, che i figliuoli emancipati doveano domandare per poter promuovere la *querela inofficiosi*; imperocchè essi come eredi pretorii senza ottenere la *b. p.* in generale non aveano alcun dritto ereditario. V. appresso § 350. Nota 23.

(6) Intorno alla ragione veggasi § 303. Nota 21-27.

(7) Ulp. XXVIII. 1-9.; § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(8) Caj. II. 147. seg. pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.); L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. § 8-11. D. *de b. p. s. t.* (37. 11.). Le singole estensioni della successione testamentaria mediante la *b. p. s. t.* s'indicheranno dove sarà il luogo di doverne trattare p. es. § 319. e 348., ma non formano per sè stesse alcuna partizione nel sistema.

(9) Caj. III. 18. seg. V. § 337.

(10) Caj. II. 135-137. V. § 348.

(11) Non si oppone § 2. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(12) *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. II. p. 437. seg.

li circostanze non poteano avervi alcuna pretensione, concedeva la *bonorum possessio*, perchè lo trovava giusto o conforme all'intenzione ed allo spirito dei principii del dritto di successione pretoria; or la *bonorum possessio*, il cui dritto era fondato nelle disposizioni dello stesso editto fu detta *b.p. edictalis* (13), ed al contrario la *bonorum possessio*, che si fondava soltanto sopra un'estensione della pratica, fu detta *b. p. decretalis*, come se il dritto alla medesima non fosse dato che pel Decreto del Pretore che concedeva la immissione nel possesso (14).

b.) Successorium edictum. (*)

§ 303. Ciò che avea di proprio la nuova forma di adizione, nella quale non si facea veruna differenza tra eredi necessarii e volontarii (1), stava in ciò che l'erede innanzi all'Autorità, originariamente in Roma innanzi al Pretore, e nelle Provincie innanzi al Preside, ma per la disposizione di Costantino innanzi al Giudice locale del defunto (2) richiedeva la successione, il che dicevasi *agnoscere* s. *petere* s. *admittere bonorum possessionem*. A siffatta richiesta erano ammessi per l'Editto tutti coloro che aveano per sè una causa di successione (3), sia che questa fosse un testamento, o una parentela che dava dritto alla successione, o un matrimonio col defunto, sia che il loro dritto ereditario fosse di già fondato sul dritto civile, o venisse soltanto dal dritto Pretorio. Fu anche nell'Editto promessa anticipatamente la *bonorum possessio* a coloro, i quali per l'avvenire avrebbero per qualche nuova legge acquistato un dritto ereditario (4). Ma la richiesta dovea seguire fra un termine determinato, il quale per gli ascendenti e discendenti del defunto era un *annus utilis*, ma per gli altri, solo 100 *dies utiles* (5). Dopo il decorrimento di questo termine a coloro che si erano presentati, ed aveano dimostrato una legittima causa di successione il

(13) L. 30. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 1. § 4. D. *si tab. test. nullae extant* (38. 3.)

(14) L. 1. § 7. D. *de success. ed.* (38. 9.) V. § 303. Nota 7. § 338. e § 368. Nota 2. e 3.

(*) *Seger* de successor. edicto. Lipsia 1768. 4.

(1) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(2) Cic. in Verr. II. 1. c. 44-46.; L. 2. § 3. D. *quis ordo* (38. 15.) L. 9. C. *qui admitti ad b. p. poss.* (6. 9.) § 10. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(3) Theoph. III. 9. § 10.

(4) § 7. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. un. D. *ut ex legib.* (38. 14.)

(5) § 9. 10. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 2. D. *quis ordo* (38. 15.) L. 1. § 8-16. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 4. L. 9. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

magistrato concedeva la *missio in possessionem bonorum* (6), il che nella *b. p. edictalis* poteasi fare mediante un *Decretum de plano*, ma nella *b. p. decretalis* si richiedeva un Decreto formale pronunziato *pro Tribunali* (7), e probabilmente l'immesso nel possesso otteneva per sua legittimazione un attestato scritto intorno a ciò (8). Se quei che si erano fatti a domandare non aveano un dritto eguale, naturalmente solo i più prossimi ottenevano l'immissione nel possesso; ma non si avea nessun riguardo per coloro che non s'erano presentati, ancorachè ad essi appartenesse un dritto ereditario uguale o anche più forte (9). Eravi intanto una imperfezione, che il termine, nel quale si dovea far la domanda, non decorreva una sola volta per tutti gli eredi, ma solo successivamente per le diverse specie ed ordini di eredi, cosicchè per l'ordine seguente la delazione della successione, ed anche il dritto stesso di domandare non cominciava se non quando niuno dell'ordine precedente erasi presentato nel termine legale; e per questo rapporto non giovava neppure che alcuno avesse fatta la domanda anticipatamente prima che fosse venuta la volta del suo ordine (10). Secondo ciò dovea in prima aspettarsi che decorresse il termine per gli eredi testamentarii. Ma in questo medesimo tempo doveano far la domanda non solo anche i sostituti, allorchè erano stati nominati, ma eziandio gli eredi legittimarii, che per ventura pretendessero alla *bonorum possessio contra tabulas*. Soltanto dopo che niuno avea ottenuto nè la *b. p. secundum tabulas* nè la *b. p. contra tabulas*, potevano presentarsi gli eredi ab intestato, ma neppure tutti in una volta; imperocchè del pari non era ammesso in primo luogo che il primo ordine, e solo allorchè il termine era per esso inutilmente trascorso, ammettevasi il secondo, e così di seguito per tutt'i quattro ordini (11). Per tal modo era per verità pos-

(6) L. 2. § 11. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) Val. Max. VII. 7. c. 3-7.; la seconda Storia del dritto di *Hugo* p. 613.

(7) L. 3. § 8. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 2. § 1. D. *quis ordo* (38. 15.) Confr. L. 9. § 1. *de off. procons.* (1. 16.) L. 2. L. 3. L. 7. § 1. D. *de confirm. tut.* (26. 3.)

(8) Almeno Ottaviano ne ottenne uno di tal fatta quando egli domandò la *bonorum possessio* dopo Cesare. Appian. de bello civ. III. 14.

(9) Caj. III. 36. 37.; Ulp. XXVIII. 11.; L. 3. § 5. L. 4. L. 5. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 10. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 1. § 2. 3. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. un. C. *quando non pet. part.* (6. 10.) L. 3. C. *unde liberi* (6. 14.) L. 1. L. 2. C. *de success. ed.* (6. 16.) § 9. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Confr. anche L. 2. pr. L. 9. L. 14. L. 16. pr. D. *de bon. libert.* (38. 2.)

(10) L. 9. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 5. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt.* (6. 9.) V. Nota 31.

(11) L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) L. 12. D. *de carbon. ed.* (37. 10.) L.

sibile che, allorquando la successione veniva ad un ordine posteriore, perchè niuno dell'ordine precedente avesse fatto valere il suo dritto, e vi erano nondimeno effettivamente delle persone dell'ordine precedente, le quali avean soltanto trascurato di presentarsi a tempo; queste potessero ancora presentarsi nell'ordine che si trovava successivamente chiamato, purchè rispetto al loro grado di successione appartenessero eziandio a quest'ordine, ed in tal caso non godeano di niuna preferenza rispetto agli altri eredi di quest'ordine (12); ma nondimeno per la successiva chiamata degli eredi lo scopo particolare del *successorium edictum*, di aver subito un possessore del patrimonio, rendevasi vano in gran parte, quando non vi erano che eredi di ordini più lontani, o almeno i più prossimi lasciavano trascorrere il termine. Nonpertanto questo procedimento potevasi del tutto abbreviare quando era certo, che non vi fossero eredi di un certo ordine, o quando costoro espressamente rinunziavano, imperocchè allora non era mestieri aspettare che decorresse il termine spettante a questo tale ordine (13). Nella *agnitio* della *bonorum possessio* generalmente erano ammessi i procuratori (14); ma le condizioni e restrizioni dell'accettazione non erano più ammesse in questa, che nell'adizione secondo il dritto civile (15). Per contrario agli eredi testamentarii nella presupposizione che concorressero gli altri requisiti della delazione, non era di ostacolo che fossero stati istituiti condizionalmente (16); soltanto questi allora doveano prestar cauzione per la restituzione dell'eredità, se la condizione fosse venuta a mancare (17). Eranvi ancora parecchi casi speciali, nei quali alcuno potea provvisoriamente ottenere la *bonorum possessio*, sebbene il suo dritto ereditario non fosse ancora decisamente stabilito, o almeno gli mancasse la capacità di acquistare incontanente l'eredità (18). Per ciò che riguarda l'effetto della immissione in possesso dell'eredità, il *bonorum possessor* stava in generale *loco heredis* avendo

2. pr. § 4. D. *de bon. poss. sec. tab.* (37. 11.) L. 1. pr. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 4. § 1. D. *quis ordo* (38. 15.) § 8. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(12) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. pr. D. *unde liberi* (38. 7.)

(13) L. 1. § 6. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(14) L. 3. § 4, 7. L. 7. L. 8. L. 11. L. 15. L. 16. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 24. pr. D. *rat. rem. hab.* (46. 8.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt.* (6. 9.) Cic. pro Flacco c. 34.

(15) L. 75. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(16) L. 23. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 13. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 2. § 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de b. p. s. t.* (37. 11.)

(17) L. 12. D. *qui satisd. cog.* (2. 8.) L. 8. pr. *de stipul. praetor.* (46. 5.)

(18) V. appresso § 361-364.

tutt'i dritti e doveri di un erede (19), ed escludeva anche per sempre gli eredi più lontani (20). Intanto non era solo una pura differenza di nome se non chiamavasi padrone, *heres*, ma semplicemente possessore del patrimonio. Imperocchè 1) la *bonorum possessio* come un modo di acquisto pretorio rispetto alle cose ereditarie produceva un semplice *in bonis esse*, il quale solo coll' usucapione poteasi trasformare in una vera proprietà (21). 2) Inoltre essa poteva tendere semplicemente ad un possesso condizionale o provvisorio (22), di cui non si tratta mai nell'adizione secondo il dritto civile (23), ed anche 3) nei casi ordinarii non assicurava necessariamente un dritto definitivo e permanente all'eredità. Cioè sebbene allora tutti gli eredi posteriori di ordine fossero al tutto esclusi, pure ciò non valeva assolutamente anche per gli eredi del medesimo o di un precedente ordine. Per verità se quelli, che aveano ottenuto la *bonorum possessio*, erano effettivamente essi medesimi e soli i più prossimi eredi, allora l'eredità era ad essi assicurata per sempre, nello stesso modo che se l'avessero accettata secondo il modo del dritto civile; ma quando vi erano eredi più prossimi o di egual grado, che non si erano presentati, allora era da vedere se questi appartenevano ai nuovi eredi pretorii, o agli antichi *heredes juris civilis*. Nel primo caso la *bonorum possessio* dava parimente un dritto definitivo; imperocchè gli eredi pretorii non potevano adire che nel modo pretorio; per essi la *bonorum possessio* era necessaria, cioè era la necessaria condizione della successione, e per conseguente se non si erano presentati, l'eredità era perduta per essi (24). Per contrario per gli eredi civili o testamentarii o legittimi, purchè avessero il più prossimo dritto di eredità, la *bonorum possessio* era semplicemente *utilis*, un mezzo utile per assicurar loro la successione, affinchè non fossero obbligati, d'intentare da prima un'azione per richiedere l'eredità; ma essi non erano tenuti a domandare la *bonorum possessio*, e quantunque non l'avesser richiesta, nondimeno poteano sempre adire nella forma civile, e quindi far valere contro il *bonorum possessor* il loro dritto ereditario più forte o eguale per via di azione mediante la *hereditatis petitio*; imperocchè il Pretore introducendo la sua nuova forma di adizione non a-

(19) Caj. III. 35-38. IV. 34.; Ulp. XXVIII. 12.; § 2. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 1. L. 2. L. 3. § 9. L. 4. L. 5. D. *eod.* (37. 1.) L. 13. pr. D. *de b. p. c. t.* (37. 4.)

(20) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(21) Caj. III. 80. Ciò veniva indicato come una *usucapio pro herede.*

(22) V. Nota 16-18.

(23) Qui valeva la regola: *Semel heres, semper heres.*

(24) L. 4. C. *qui adm. ad bon. possess. poss.* (6. 9.)

vea potuto toglier loro l' adizione secondo i principii del dritto civile (25). A ciò si riferiva la distinzione di *bonorum possessio cum* e *sine re*, giacchè dicevasi *b. p. cum re*, quando niuno potea torre l' eredità al *bonorum possessor*, per contrario dicevasi *b. p. sine re*, allorchè eravi un erede civile più prossimo o egualmente prossimo, a cui il *bonorum possessor* sulla richiesta di lui dovea cedere in tutto o in parte (26). Nondimeno questo dritto dell' erede civile estinguevasi per l' usucapione, tostochè il *bonorum possessor* per tutto il tempo dell' usucapione era rimasto in possesso delle cose ereditarie, eccetto, almeno per gli ultimi tempi, se l'erede civile fosse un *suus heres* del defunto (27). Ma sebbene questi principii nel tutto insieme sussistano ancora nel dritto di Giustiniano, pure per alcune posteriori modificazioni han perduto gran parte della loro importanza. Il primo passo in questo rapporto può ben vedersi nell' ammissione del principio, che quando sono istituite eredi persone morali (28), il magistrato dee di uffizio anche senza richiesta conceder loro la *bonorum possessio* (29). Ma di poi Costantino dispose che tutti i parenti del defunto, i quali per ignoranza, assenza, o altre ragioni abbiano lasciato trascorrere il termine per far far la domanda, non altrimenti che gli eredi civili, possano in ogni tempo far valere il loro dritto ereditario contro il *bonorum possessor* (30), e che anche una domanda fatta prima del tempo debba riguardarsi come valida (31).

(25) Non si oppone Valer. Max. VII. 7. § 5., il quale riferisce soltanto un atto di arbitrio.

(26) Caj. II. 118. seg. 148. seg. III. 35-38.; Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 13.; § 1. J *de bon. poss.* (3. 9.) L. 15. pr. L. 22. D. *de legatis praest.* (37. 5.) L. 10. D. *de collat.* (37. 6.) L. 91. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 25. C. *de inoff. test.* (3. 28.) *Hugo* diss. cit.; la seconda storia del dritto del medesimo p. 584. seg.; *Lohr.* l. c. vol. III. p. 281. seg.

(27) L. 2. C. *de usuc. pro her.* (7. 27.) L. 8. C. *de jure delib.* (6. 3.) Confr. con Caj. III. 201. Anche questo vien chiamato una *usucapio pro herede*.

(28) In quanto al tempo dopo del quale ciò potè accadere veggasi il § 316. e 318.

(29) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

(30) L. 8. C. *qui admitti ad b. p. poss.* (6. 9.). Dopo quel tempo la *bonorum possessio* di ogni erede che non fosse il più prossimo era propriamente *sine re*, salvo quando il più prossimo avesse espressamente rinunziato, la qual cosa la L. 9 C. Th. *de legit. hereditat.* (5. 1.) precisamente esprime per rispetto alla *b. p. unde vir et uxor*, quando vi erano dei parenti, e da ciò venne l' abitudine di considerare come contraria al dritto la *bonorum possessio*, che senza una rinunzia si concedesse ad un parente più lontano, il che di rado si domandava; e da ciò provenne anche la conseguenza che le antiche espressioni *bon. poss. cum* e *sine re* caddero in disuso.

(31) L. 9. C. *eod.*

V. Azioni ereditarie:

1) *Hereditatis petitio.*

A. Condizioni, applicazione, e natura giuridica.

§ 304. A far valere il dritto di eredità si fa uso della *hereditatis petitio*, la quale compete non pure all' erede propriamente detto, ma eziandio in generale a chiunque sta *loco heredis* (1), e per conseguenza anche agli altri successori universali per causa di morte (2), come pure a coloro che son subentrati nel posto di un erede (3), ed ha luogo: 1) contro chiunque possiede l' eredità o qualche cosa di essa, ovvero delle cose, per le quali l' eredità è risponsabile (4), o contro colui che si dà per possessore, *qui liti se obtulit* (5); 2) contro colui che ha posseduto cose ereditarie, ed o ha cessato di possederle per dolo (6), o ne ha ricevuto un prezzo (7), o le ha perdute in modo che per tal perdita gli competano delle azioni contro i terzi (8), altrimenti non v' è luogo ad azione contro di lui (9); 3) finalmente anche contro il così detto *juris possessor*, pel quale qui s' intende colui, sulle cose del quale competono de' dritti ereditarii (10), o colui che al defunto è debitore di qualche cosa (11). Ma sempre si presuppone che il convenuto non si fondi sopra una ragione speciale, la quale non sia in opposizione col dritto di successione dell' attore, nel qual caso si dee inten-

(1) Anche al possessore del patrimonio falsamente tenuto per morto, ed il cui patrimonio per conseguenza troppo presto era venuto in mano dei suoi eredi, dovea *utiliter* concedersi l' azione per la restituzione.

(2) L. 20. § 6. 7. 10. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. L. 2. D. *de poss. her. pet.* (5. 5.)

(3) L. 2. L. 3. L. 48. L. 54. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1-3. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.) L. 65. L. 70. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 194. D. *de R. J.* (50. 17.)

(4) L. 4. L. 9. L. 10. pr. L. 19. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(5) L. 13. § 13. L. 45. D. *eod.*

(6) L. 13. § 2. 14. L. 25. § 2-8. L. 36. § 2. e 3. D. *eod.* L. 95. § 9. D. *de solut. et liberat.* (46. 3.)

(7) L. 13. § 4. e 5. L. 16. § 1. 2. 5. L. 33. L. 34. L. 35. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 10. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.)

(8) L. 16. § 4. 7. L. 40. § 2. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(9) L. 13. § 2. 5. L. 20. § 6. L. 57. D. *eod.*

(10) L. 13. § 15. L. 19. § 3. D. *eod.*

(11) L. 13. § 15. L. 14. L. 15. L. 16. pr. § 1-3. L. 42. D. *eod.*

tare quell' azione, che il defunto medesimo avrebbe dovuto usare (12), ma sibbene si difenda per un titolo universale, cioè in forza di una ragione che riguarda il dritto alla *universitas* (13), quando cioè egli o 1) possiede *pro herede*, cioè sostiene di essere lo stesso erede, o di stare *loco heredis* (14), ovvero 2) possiede *pro possessore* come *praedo* cioè non pretende alcun dritto sul patrimonio, ma non vuole neppure riconoscerne alcuno nell'attore (15), e qui sulla richiesta dell'avversario egli dee intorno a ciò precisamente dichiararsi, se intenda possedere nel primo modo o nel secondo (16). Quest'azione appartiene alle *actiones in rem* (17); nondimeno in quanto la medesima può anche semplicemente aver luogo per la riscossione di un credito, quando un debitore ereditario non vuol soddisfare l'attore solo perchè nol riconosce come erede (18), viene annoverata tra le azioni miste (19), ed allora è trattata come azione di buona fede (20). Siccome la quistione in questo giudizio è sempre se l'*universitas hereditatis* appartenga all'attore, anche quando il convenuto non abbia nelle sue mani che qualche cosa particolare della medesima (21), così l'*hereditatis petitio* chiamasi *actio universalis* s. *de universitate* (22). Nondimeno non è necessario che l'attore pretenda tutta l'eredità; anzi allorchè egli sostiene di non essere che uno di più coeredi, la sua azione, che allora vien detta *hereditatis petitio partiaria* (23), non può esser diretta che ad una proporzionata parte ideale di ciò che il convenuto possiede (24). Rispetto alla causa di successione, quest' azione si divide in *hereditatis petitio testamentaria* ed *ab*

(12) L. 4. C. *in quib. caus. cessat L. t. pr.* (7. 34.) L. 7. C. *de hered. pet.* (3. 31.) L. 10. D. *si pars hered. pet.* (6. 4.)

(13) L. 7. L. 11. C. *de her. pet.* (3. 31.) *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VII. n. 12.

(14) L. 9. L. 10. L. 11. pr. L. 13. § 3-12. L. 20. § 12. 13. D. *eod.* L. 33. § 1. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 126. pr. L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(15) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. pr. § 1. 8. L. 16. § 4. L. 25. § 2. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(16) L. 11. D. *eod.*

(17) L. 25. § 18. L. 49. D. *eod.* L. 27. § 3. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(18) V. i luoghi citati nella nota 11.

(19) L. 25. § 18. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. C. *eod.*

(20) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 12. § 3. C. *eod.*

(21) L. 10. D. *eod.* L. 1. § 1. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.) L. 8. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(22) L. 1. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(23) Tit. D. *si pars. hereditatis petatur* (5. 4.)

(24) L. 10. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. § 1-4. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.)

testato, secondo che l'attore viene come erede testamentario,o legittimo (25). In quest' ultimo caso quando essa va congiunta coll' impugnazione di un testamento, se ciò avviene 1) per la ragione che il testamento sia nullo, allora si suol nominare *querela nullitatis*, imperocchè essa qui contiene anticipatamente la replica della nullità contro l'attesa *exceptio testamenti* (26); per contrario 2) se il testamento s' impugni per la ragione che siano stati lesi gli eredi legittimarii, allora l'azione addimandasi querela *inofficiosi testamenti*, la quale ha parecchie particolarità sue proprie (27). Tra queste proprie particolarità si annovera anche un termine speciale di prescrizione (28), mentre negli altri casi la *hereditatis petitio* non si prescrive che in trent'anni (29).Qui la *praescriptio longi temporis* come in tutte le azioni miste non è ammessa (30). Ma per contrario riguardo alle cose ereditarie si può bene alcuno difendere con l'usucapione contro l' *hereditatis petitio* (31); originariamente anzi si ammetteva che colle cose ereditarie si usucapisse l'intera eredità, allorchè si erano possedute assolutamente *pro herede* (32), ma ciò più tardi fu rigettato dalla giurisprudenza (33). Nel caso che si rifiutasse di fare il rilascio, anticamente per analogia dell' interdetto *quem fundum*, che avea luogo nella *rei vindicatio*, si dava anche l'interdetto *quam hereditatem* per la *hereditatis petitio* (34); ma nel dritto di Giustiniano non si trova più nulla di ciò. Quest'azione può intentarsi anche nel foro competente del defunto, non semplicemente

L. 1. § 4. D. *de her. inst.* (28. 5.) § 5. J. *eod.* (2. 14.). Del resto più coeredi possono anche agire in comune L. 63. D. *de re judicata* (42. 1.)

(25) L. 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(26) Questa denominazione ha avuto occasione della L. 47. D. *eod.*

(27) V. appresso § 350.

(28) V. § 330. Nota 22.

(29) Una eccezione indiretta trovasi ancora nel *bonum vacans*; V. appresso § 343, Nota 7.

(30) L. 7. C. *de her. pet.* (3. 31.) L. 8. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 4. C. *in quib. caus. cessat l. t. praescr.* (7. 34.)

(31) L. 29. L. 36. § 1. D. *de usurpat.* (41. 3.); Cic. *de legib.* II.19. Caj. III. 201.; Plin. Epist. V. 1. Confr. anche L. 18. D. *eod.* § 9. J. *de usuc.* (2. 6.)

(32) Caj. II. 53. 54.

(33) Al tempo di Cicerone pare che la *usucapio hereditatis* fosse ancora riconosciuta Cic. ad Attic. I. 5.; ma presso Seneca si trova già la teorica opposta presentata da Cajo II. 54. Quando Seneca de benef. VI. 5. dice intorno a ciò: « jureconsultorum istae acutae ineptiae sunt, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt; tanquam quidquam aliud sit hereditas quam ea, quae in hereditate sunt » ciò dimostra soltanto che egli era più adusato alle nozioni etiche che alle giuridiche.

(34) Ulpiani institutionum fragmentum ed. *Endlicher* p. 7.

nel domicilio del convenuto (35). Se la lite intorno all'eredità sia rimossa per via di transazione, i creditori e i legatarii debbono lasciar valere la transazione, in quanto non contenga delle convenzioni speciali sullo loro pretese; imperocchè queste tali convenzioni non obbligano che i soli transigenti (36). Il somigliante vale per rispetto ai legatarii, allorchè il giudice ha pronunziato sul dritto ereditario, mentre al contrario i creditori non sono obbligati da questa decisione (37). Nondimeno i legatarii, finchè la sentenza non è passata in giudicato, possono appellarne (38), e compete loro anche l'*actio de dolo* contro il gravato, il quale maliziosamente ha rinunziato per transazione al suo dritto ereditario, ovvero per sua colpa lo ha fatto rigettare dal giudice (39).

B. Prestazioni del convenuto.

§ 305. Se il convenuto non è semplicemente un tale *qui liti se obtulit*, il quale dee risarcire all'attore solamente il danno cagionatogli per avergli fatto sostenere un giudizio inutile (1), allora l'oggetto della *hereditatis petitio* è tutto ciò che appartiene all'eredità, e che il convenuto possiede o ha posseduto, tanto se prima della lite quanto se durante il giudizio sia pervenuto nel suo possesso (2). Si reputa qui come parte dell'eredità anche 1) ciò che dopo la morte del testatore si è venuto ad aggiungere alla massa (3), come pure 2) le cose altrui, che il defunto possedeva, in quanto l'erede sia per esse risponsabile rispetto ai proprietarii, o abbia sopra di esse un dritto di ritenzione (4). Tutto ciò che si dee restituire dal convenuto, si dee dare *cum omni causa*, colle pertinenze, coi frutti, col ristoro dei danni etc. (5). Nondimeno queste regole nel particolare son soggette a parecchie modificazioni, che in parte provengono da un *Sctum Juventianum* sotto Adriano (6), il quale in vero riguardava solamente la *haereditatis petitio* del Fisco, ma fu poi generalmente applicato (7). Si fa soprattutto una gran

(35) L. 19 pr. D. *de judic.* (5. 1.) L. 3. C. *ubi de hered.* (3. 20.)
(36) L. 14. D. *de transact.* (2. 15.)
(37) L. 3. pr. D. *de pignor.* (20. 1.) L. 13. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(38) L. 29. pr. D. *eod.* L. 5. § 1. 2. L. 14. pr. D. *de appellat.* (49. 1.)
(39) L. 5. § 3. 4. L. 14. § 1. D. *eod.* L. 50. § 1. D. *de legat.* I. (30.)
(1) L. 45. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(2) L. 4. L. 18. § 1. L. 41. pr. D. *eod.*
(3) L. 20. pr. § 1-3. L. 25. § 20. L. 26. L. 27. L. 32. D. *eod.*
(4) L. 19. pr. § 2. D. *eod.*
(5) L. 20. § 2. L. 26-30. L. 31. § 2. L. 36. § 2. D. *eod.*
(6) L. 20. § 6. D. *eod.*
(7) L. 20. § 9. 16. D. *eod.*

differenza se il convenuto sia in buona o mala fede; giacchè il *bonae fidei possessor* in generale non è tenuto se non in quanto al tempo del giudizio si trovi realmente arricchito (8); la qual differenza nondimeno cessa col principio della lite, cosicchè il possessore di buona fede da questo momento è risponsabile come il possessore di mala fede per tutto ciò che di poi avrà conseguito, perduto, o fatto (9). Sotto alcuni rapporti si vuole anche por mente se il convenuto possegga *pro herede*, o *pro possessore* (10). Se l'attore si fa innanzi con la sola *hereditatis petitio partiaria*, allora s'intende di per sè che di tutto ciò che il convenuto altrimenti dovrebbe prestare non può richiedergli se non una parte corrispondente alla sua quota ereditaria (11). In conformità degli anzidetti principii il convenuto oltre delle originarie cose ereditarie, che tuttora effettivamente possiede, deve anche restituire:

1.° 1) Ciò che egli ha acquistato per gli oggetti ereditarii, e per conseguenza A. le cose, che col danaro ereditario ha comperate o colle cose ereditarie ha permutate (12), compreso anche ciò che per le donazioni di cose ereditarie gli è stato a vicenda donato, giacchè siffatte donazioni rimuneratorie si ritengono quì come una specie di permuta (13); B. il prezzo ricevuto per le cose ereditarie alienate (14), e quì un possessore di mala fede non viene neppur liberato, se procuri nuovamente le cose medesime, allorchè il prezzo, che ha ricevuto eccede il valore delle cose (15) C. I crediti risultanti da prestito del danaro ereditario, e l'attore ha la facoltà di scegliere se voglia la cessione del credito, o il pagamento della somma; soltanto, allorchè si richiede questa somma, un possessore di buona fede non è tenuto a pagare eziandio l'ammontare degl' interessi arretrati (16); D. i dritti alle controprestazioni, allorchè il convenuto non ancora ha ricevuto ciò che dovea avere pel danaro o per le cose ereditarie ad altri trasferite, nel qual caso deve almeno cedere la sua azione ad esigere siffatta prestazione (17). 2) I crediti e i dritti, che

(8) L. 20. § 6. L. 25. § 15. L. 36. § 4. D. *eod.*
(9) L. 20. § 6. L. 25. § 7. L. 31. § 3. D. *eod.* L. 1. L. 2. C. *eod.*
(10) L. 25. § 2. L. 31. § 4. D. *eod.*
(11) L. 1. § 3. D. *si pars hered. pet.* (5. 4.) L. 10. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(12) L. 20. pr. § 1. D. *eod.*
(13) L. 25. § 11. D. *eod.*
(14) L. 16. § 1. 2. L. 20. § 6. L. 22. L. 23. L. 25. § 1. 17. L. 34. § 1. L. 36. pr. D. *eod.*
(15) L. 22. D. *eod.*
(16) L. 30. D. *eod.*
(17) L. 16. § 5. e 7. L. 18. pr. L. 35. D. *eod.*

il convenuto come possessore dell'eredità per qualsivoglia ragione ha conseguiti (18). 3) Ciò che il convenuto ha esatto dai debitori dell'eredità (19). 4) Ciò che ha procurato per l'eredità, quantunque a sue proprie spese, le quali però gli debbono allora venir rimborsate (20). 5) Ciò, di che egli medesimo è debitore all'eredità (21). 6) Ciò che mediante le cose ereditarie si è acquistato (22), come pure 7) tutti i proventi degli oggetti ereditarii, che son riguardati siccome un accrescimento dell'eredità medesima (23), come i frutti, compresi i frutti di frutti (24), il prezzo di locazioni o colonie (25), gl'interessi (26) etc. 8) Finalmente anche i guadagni e i vantaggi accidentali, che il possesso dell'eredità gli ha arrecati (27), ad eccezione dei vantaggi turpi (28), degli *indebita*, che gli fossero stati pagati (29), e delle pene private, che avesse ottenute per essere stato interamente espulso dal possesso (30).

2.° Inoltre in parecchi casi il convenuto dee prestare il valore. Ciò può incontrare 1) allorchè egli non ha più qualche cosa, che secondo le predette regole dovrebbe consegnare, in quanto essa non sia tornata a vantaggio dell'eredità, o non sia stata impiegata pei funerali del morto (31). Non per tanto si hanno a fare qui parecchie distinzioni. A. Il convenuto anche se è un possessore di buona fede dee sempre rimborsare ciò che ha speso e consumato, imperocchè egli con usar delle cose dell'eredità ha risparmiato il suo proprio patrimonio, e per conseguenza si è arricchito. Soltanto, allorchè un possessore di buona fede per causa dell'eredità si è indotto a fare delle spese più grandi, non è tenuto a rimborsare quelle spese, che egli altrimenti non avrebbe fatte, e per le quali in conseguenza niente ha risparmiato del

(18) L. 16. § 4. 7. L. 17. L. 40. § 2. D. *eod.*
(19) L. 25. § 18. L. 31. § 5. D. *eod.*
(20) L. 20. pr. D. *eod.*
(21) L. 16. pr. D. *eod.*
(22) L. 32. D. *eod.*
(23) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 27. L. 40. § 1. D. *eod.*
(24) L. 26. L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(25) L. 27. § 1. L. 29. D. *eod.*
(26) L. 20. § 6. D. *eod.*
(27) L. 23. § 1. L. 25. pr. L. 28. L. 55. D. *eod.*
(28) L. 52. D. *eod.*
(29) L. 20. § 18. D. *eod.*
(30) L. 21. D. *eod.*
(31) L. 5. pr. L. 31. pr. L. 50. § 1. D. *eod.*

suo (32). B. Se il convenuto ha perduto o distrutto ciò che manca, allora il possessore di mala fede è risponsabile per ogni colpa (33), e dopo contestata la lite, anche per gli avvenimenti fortuiti (34); ma al contrario il possessore di buona fede in generale non è risponsabile se non per la perdita da lui cagionata dopo contestata la lite (35), eccetto allorchè si sia spogliato di una cosa dolosamente (36), ovvero per una colpa, per la quale si può intentare l'*actio legis Aquiliae* (37). Nel caso del dolo l'attore può valutare il danno mediante il suo *juramentum in litem* (38). C. Se alcune cose o crediti o altri dritti, per aver trascurato di agire a tempo, siensi perduti per la prescrizione o per la sopravvenuta insolvibilità del debitore, allora per regola anche un possessore di mala fede non può esserne risponsabile, se non quando possiede *pro herede*, imperocchè solo un tal possessore dell'eredità ha il dritto di far valere i dritti dell'eredità contro i terzi (39). Intanto se il convenuto abbia acquistato un credito mediante un mutuo di danaro ereditario, dee sempre risponderne (40), il che è da applicarsi anche al caso che il convenuto mediante novazione abbia fatti suoi i crediti ereditarii. D. Se si è data qualche cosa per ottenere un'altra prestazione, l'attore, trattandosi di un possessore di buona fede dee in vero star contento a ciò che questi ne ha ricevuto, ed anche alla cessione dell'azione per la controprestazione, se questa non siasi ancora ricevuta dal convenuto (41); per contrario, se trattasi di un possessore di mala fede, egli può a suo piacere richiedere sia la consegna o il prezzo della prestazione ricevuta, anche nel caso che il convenuto l'abbia perduta senza suo prò, sia il valore delle cose alienate stimato mediante il suo *juramentum in litem* (42). La circostanza che la cosa dopo l'alienazione sia perita per un avvenimento fortuito, e per conseguenza sarebbesi perduta anche per l'attore, non libera mai il convenuto (43). Ma d'altra parte

(32) L. 25. § 5. 12. 16. L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(33) L. 25. § 2. 3. 11. D. *eod.*
(34) L. 40. pr. D. *eod.*
(35) L. 25. § 2. 3. 11. L. 31. § 3. D. *eod.*
(36) L. 13. § 14. L. 25. § 7. 8. L. 31. § 3. D. *eod.*
(37) L. 36. § 2. D. *eod.*
(38) L. 25. § 10. D. *eod.*
(39) L. 25. § 2. L. 31. § 4. L. 40. D. *eod.*
(40) L. 30. D. *eod.*
(41) L. 18. pr. L. 20. § 6. 17. 18. 19. L. 22. L. 23. pr. L. 25. § 11. D. *eod.*
(42) L. 20. § 21. L. 22. L. 36. § 3. D. *eod.*
(43) L. 20. § 21. L. 21. L. 33. § 1. D. *eod.*

tostochè l'attore è stato soddisfatto dal convenuto, cessa la rivendicazione della cosa dalle mani del terzo possessore, anzi anche nel caso che l'attore da un possessore di buona fede non abbia ricevuto nulla per la sola ragione che questi non se ne sia arricchito, eccetto allorchè il terzo non può richiedere dal convenuto alcuna prestazione di evizione (44). 2) Allorchè il convenuto ha trascurato di percepire i frutti e gli utili. Il possessore di mala fede è risponsabile non meno pei frutti trascurati, che per quelli che ha raccolti, anche allorchè neppure l'attore gli avrebbe raccolti (45), e si reputano come frutti trascurati anche i frutti delle cose alienate, salvo allorchè l'alienazione sia avvenuta a bene dell'eredità (46). Per contrario il possessore di buona fede non è tenuto in nessun caso a rimborsare il valore dei frutti trascurati, ma è risponsabile in ogni caso pei frutti consumati, in quanto siasi per essi arricchito (47). Il medesimo vale eziandio per rispetto agli interessi non esatti, pei quali solo un possessore di mala fede è risponsabile (48), ed anche solo nel caso che egli abbia potuto esigerli (49); ma il trascurare di impiegare il danaro ereditario non viene imputato a colpa, neppure pel possessore di mala fede (50), eccetto pel prezzo ritratto dalla vendita di cose ereditarie (51), nel qual rapporto nondimeno la vendita di frutti durante la lite forma anche un'eccezione (52). 3) Allorchè le cose da consegnarsi sono danneggiate e deteriorate per colpa del convenuto, nel qual caso sono applicabili i medesimi principii che riguardano la perdita intera delle cose (53).

C. Dritti del convenuto.

§ 306. Ma anche il convenuto dal suo lato può per diverse ragioni avere dei crediti che potrà far valere per via di deduzione o ritenzione. Gli oggetti di cosiffatti crediti sono: 1) Le spese fatte per le cose

(44) L. 25. § 17. D. *eod.*
(45) L. 25 § 4. 9. L. 40. § 1. L. 56. D. *eod.*
(46) L. 20. § 2. 12. 16. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(47) L. 40. § 1. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*
(48) L. 30. D. *eod.*
(49) V. i luoghi citati nella Nota 39.
(50) L. 20. § 14. D. *eod.*
(51) L. 20. § 11. 12. 15 16. D. *eod.* L. 1. C. *eod.* L. 1. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.)
(52) L. 51. § 1. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(53) L. 25. § 2. 3. 7. 8. 10. L. 31. § 3. L. 36. § 2. L. 40. pr. L. 54. § 2. D. *eod.*

ereditarie. Le spese necessarie e le utili debbono qui venir sempre rimborsate ad ogni convenuto, anzi al possessore di buona fede anche nel caso che le cose, intorno alle quali sono avvenute, non esistano più (1). Per contrario per le spese semplicemente voluttuose solo il possessore di buona fede ha dritto al rimborso, mentre il possessore di mala fede non ha altro dritto che quello di toglier via gli abbellimenti (2). 2) Le spese dei frutti. Per tanto il possessore di mala fede può portare a conto solo le spese dei frutti effettivamente restituiti o rimborsati; ma il possessore di buona fede anche quelle fatte pei frutti non raccolti (3). 3) Le spese fatte per ciò che il convenuto di suo proprio danaro ha acquistato per vantaggio dell'eredità (4). 4) In generale tutte le spese che egli ha fatte per gli affari ereditarii (5). 5) Le somme che egli ha pagate ai creditori ereditarii, qui nondimeno un possessore di mala fede dee prestare all'attore la *cautio defensum iri* per rispetto ai creditori soddisfatti (6). 6) L'ammontare dei legati soddisfatti, e ciò senza condizione veruna, se sieno stati pagati all'attore medesimo (7); ma se siensi pagati ad altri, nel solo caso che o tali legati, non divengano nulli per la vittoria dell'attore, o non si possa nulla ricuperare dal legatario, ma in questo caso, per la deduzione che può farsi, deve cedersi all'attore l'azione per la restituzione (8). 7) Quello che il convenuto medesimo può richiedere dall'eredità. Il possessore di buona fede può sempre prelevare ciò, ma il possessore di mala fede al contrario solo quando il suo credito è già scaduto ed esigibile mediante azione, salvo se, nel caso che il credito non fosse munito di azione, l'attore medesimo avesse un interesse all'estinzione del debito, come per causa di una pena convenzionale promessa (9). 8) Le obbligazioni, che il convenuto come possessore dell'eredità ha assunte, dalle quali l'attore o dee liberarlo, ovvero deve per esse prestargli la cauzione *defensum iri* (10).

(1) L. 38. L. 39. pr. L. 51. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(2) L. 39. § 1. D. *eod.*
(3) L. 36. § 5. L. 37. D. *eod.*
(4) 20. pr. D. *eod.*
(5) L. 31. § 3. L. 50. L. 51. pr. D. *eod.*
(6) L. 31. pr. D. *eod.* L. 5. C. *eod.*; *Poetzold* diss. spec. observat. ad leg. 5. C. *de her. pet.* Lipsia 1804. 4.
(7) L. 43. L. 44. D. *eod.*
(8) L. 13. D. *eod.* L. 2. D. *de cond. ind.* (12. 6.)
(9) L. 31. § 1. 2. D. *de her. pet.* (5. 3.)
(10) L. 20. § 20. L. 40. § 3. D. *eod.*

D. Rapporti giuridici durante la lite.

§ 307. Fino alla decisione il convenuto naturalmente conserva il possesso e l'amministrazione di quelle cose ereditarie, che ha nelle sue mani. Ma sebbene i principii sulle *res litigiosae* abbiano anche qui applicazione, ed inoltre valga la regola che non possa avvenir nulla che pregiudichi la futura decisione sul dritto ereditario, *ne hereditati praejudicium fiat* (1), non per tanto questi principii patiscono parecchie modificazioni. 1) Può dal giudice permettersi al convenuto l'alienazione, allorchè vi sia un urgente necessità, forse per fare delle spese necessarie o per riparare un danno, o allorchè il convenuto presta sicurtà per l'indennità dell'attore (2). 2) Il convenuto anche durante il giudizio può agire per riscuotere i crediti ereditarii, anzi vi è tenuto allorchè vi è pericolo nell'indugio, ma ciò solamente quando possiede l'eredità *pro herede* (3), e 3) in quanto alle cose ereditarie possedute da un terzo non solo il convenuto nell'anzidetta presupposizione, ma anche l'attore può revindicarle (4). 4) I creditori ereditarii, qualunque sia l'oggetto del loro credito, hanno la scelta, se vogliono convenire il possessore *pro herede*, o l'attore, giacchè il vincitore dee sempre bonificare all'altra parte ciò che questa ha dovuto prestare ai creditori (5). 5) Il medesimo vale per rispetto ai legatarii, i quali non debbano ricevere il loro legato da una persona determinata, ma sibbene dall'erede; soltanto, debbono essi prestar cauzione di restituire il legato, se quegli, al quale si son rivolti, perderà la lite, e per tal modo il testamento o almeno il legato verrà a cadere (6). 6) Se più persone indipendentemente l'una dall'altra hanno intentato la *hereditatis petitio* contro il medesimo convenuto, ed uno riporta la vittoria, il convenuto a costui dee certamente restituire l'eredità, ma può nel tempo stesso richiedere dal vincitore la *cautio defensum iri* per rispetto agli altri attori (7).

(1) L. 5. § 2. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 12. pr. C. *eod.*

(2) L. 5. pr. § 1. L. 53. D. *eod.* L. 15. § 2. D. *de quaestion.* (48. 18.). Questi principii non possono riguardarsi come aboliti dalla Nov. 112. prooem. c. 1., in guisa che ora sia ammessibile l'alienazione, perchè la *hereditatis petitio* appartiene anche alle revindicazioni, di cui parla la Novella.

(3) L. 25. § 2. L. 31. § 4. L. 49. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(4) L. 49. D. *eod.* L. 13. D. *de except.* (44. 1.)

(5) L. 4. § 1. D. *si cui plus.* (35. 3.) L. 12. § 1. C. *de her. pet.* (3. 31.)

(6) L. 48. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 4. § 1. L. 8. D. *si cui plus.* (35. 3.) L. 12. pr. C. *de her. pet.* (3. 31.) L. 9. C. *de legat.* (6. 37.)

(7) L. 57. D. *de her. pet.* (5. 3.)

2) *Interdictum quorum bonorum.* (*)

§ 308. L'***interdictum quorum bonorum***, il quale è un'interdetto *adipiscendae possessionis* competente al ***bonorum possessor*** (1), e non altramente che l'***hereditatis petitio*** non ha luogo che contro colui che possiede l'eredità *pro herede* o *pro possessore* (2), ma si può adoperare soltanto a cagione delle cose ereditarie corporali (3), sta in connessione con ciò, che il *bonorum possessor* non ha mestieri di essere appunto il più prossimo erede. Se il *bonorum possessor* vuol provare contro colui che ritiene l'eredità, che egli sia anche il più prossimo erede, allora si può valere dell'ordinaria *hereditatis petitio*, che in tal caso appellasi *hereditatis petitio possessoria* (4), ed allora si decide definitivamente sul dritto ereditario dell'attore (5). Ma siccome la *bonorum possessio* sarebbe inutile, se anche come tale non producesse eziandio un dritto di azione, così fu conceduto nell'Editto al *bonorum possessor* l'interdetto *quorum bonorum*, nel quale egli si appoggia semplicemente alla sua *bonorum possessio*, e può lasciare interamente da banda la quistione se egli sia il più prossimo erede (6). E però in quest'azione egli dee solo dimostrare che gli sia stata conceduta la *bonorum possessio* (7), anzi è anche esclusa l'eccezione di un dritto ereditario più forte da parte del convenuto, il quale in ogni caso dee provvisoriamente restituire le cose al *bonorum possessor* (8); il perchè quest'interdetto vien detto eziandio un mezzo legale che ha per iscopo di prendere speditamente il possesso (9). Ma perchè la decisione riguarda solo la *bonorum possessio* dell'attore, e non già il suo dritto ereditario, così non se ne può dedurre l'*exceptio rei judicatae*, quando di

(*) *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. V. n. 1. e vol. VI. n. 3.; *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. X. n. 23.; *Francke* successione degli eredi legittimarii. Gött. 1831. § 9.

(1) Caj. III. 34. IV. 144.; § 3. J. *de interd.* (4. 15.) L. 1. § 1. D. *quor. bon.* (43. 2.)

(2) L. 1. pr. D. *quor. bon.* (43. 2.) L. 2. C. *eod.* (8. 2.)

(3) L. 2. D. *eod.*

(4) L. 1. D. *de poss. her. pet.* (5. 5.)

(5) L. 2. D. *eod.*

(6) *Francke* l. c. Delle altre idee hanno il *Savigny* l. c. ed il *Thibaut* l. c.

(7) L. 1. C. *quor. bon.* (8. 2.) Caj. III § 34.

(8) L. 3. C. *eod.*

(9) L. 22. C. Th. *quor. appell non recip.* (4. 36.)

poi il convenuto con la *hereditatis petitio* voglia far valere il suo dritto ereditario migliore, o almeno egualmente forte (10). Siccome quest'interdetto tende soltanto alla restituzione delle cose ereditarie possedute effettivamente dal convenuto, così qui non han luogo le altre prestazioni, che s'incontrano nell'*hereditatis petitio*, ma per rispetto alle cose che si possono richiedere valgono i medesimi principii.

VI. Capacità di succedere.

§ 309. Non può essere erede chiunque, e ci ha delle ragioni d'inabilità parte assolute, che escludono da qualunque successione, e parte relative, che si rapportano solamente alla successione di determinate persone, o solamente ad una specie di deferimento. Intanto le restrizioni particolari della successione testamentaria non possono compiutamente dichiararsi che più innanzi (1); il perchè qui s'indicheranno solo le altre cagioni d'inabilità.

1.° Una inabilità assoluta trovasi soltanto per rapporto 1) ai *servi poenae* aboliti da Giustiniano (2), 2) a coloro che per pena han patito una *capitis diminutio media* (3), 3) ai figliuoli dei colpevoli di alto tradimento, secondo la prescrizione di Arcadio ed Onorio, ove vi ha anche l'eccezione che le figliuole possano nondimeno ereditare la legittima dalla madre (4), 4) agli apostati (5), e 5) agli eretici (6).

2.° Per contrario ha luogo una inabilità relativa nei seguenti casi. 1) I peregrini sono esclusi dal succedere ai cittadini Romani, perchè manca loro il *jus testamenti factionis* (7), il che prima di Giustiniano si estendeva anche a quei libertini, che eran tenuti come deditizii (8). 2) Gli schiavi per verità non possono succedere *ab intestato* ad alcuno, ma possono bene essere istituiti eredi in un testamento (9). 3)

(10) L. 3. C. *quor. bon.* (8. 2.) L. 14. § 3. D. *de exc. rei. jud.* (44. 2.)

(1) V. § 318.

(2) L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. 13. D. *de bon. poss.* (37. 1.) Confr. con Nov. 22. c. 8.

(3) L. 13. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 17. § 1. D. *de poenis.* (48. 19.) L. 16. D. *de interd. et releg.* (48. 22.) L. 5. § 3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 1. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(4) L. 5. § 1-3. C. *ad leg. Jul. maj.* (9. 8.)

(5) L. 3. C. *de apostat.* (1. 7.)

(6) L. 18. L. 19. L. 22. C. *de haeret.* (1. 5.) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.

(7) Caj. II. 110.; Ulp. XXII. 1.; L. 49. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(8) Caj. I. 25. III. 75.; Ulp. XXII. 2. Confr. con L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (7. 5.)

(9) L. 16. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) V. § 318.

Secondo il dritto antico le Vestali erano del pari inabili a succedere ab intestato (10). 4) Le vedove che non hanno rispettato l'anno del lutto possono al contrario succedere solamente *ab intestato*, e soltanto a quei tali parenti, che non son più rimoti del terzo grado (11). 5) Finalmente quei che han contratto un matrimonio incestuoso, come pure i figliuoli che ne son nati non possono in alcuna guisa ereditare l'uno dall'altro (12). Siccome alcune di queste inabilità son passaggiere, e possono cessare, così ne viene la quistione di sapere in qual tempo alcuno debba esser capace. Nella successione intestata la capacità dee sempre trovarsi alla morte dell'autore, e durare fino all'effettivo acquisto dell'eredità. Nella successione testamentaria poi un erede istituito dee inoltre essere stato capace anche al tempo che fu fatto il testamento. Per contrario non nuoce che alcuno posteriormente abbia perduto la capacità, purchè alla morte del testatore l'abbia ricuperata. Da questo momento in poi, nel caso di una istituzione pura e semplice, la capacità dee durare fino all'adizione, mentre nel caso di una istituzione condizionale non si fa conto della inabilità, in cui nell'intervallo siasi incorso, ma che si trovi già cessata al verificarsi della condizione (13).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DISPOSIZIONI DI ULTIMA VOLONTA' (*)

I. Nozione, contenuto, e specie:

1) *Generalità.*

§ 310. Le disposizioni di alcuno sopra di ciò che dopo la sua morte si dee fare, si appellano disposizioni di ultima volontà, *ultimae volun-*

(10) Gellius I. 12.

(11) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 22. Nov. 39. c. 2.

(12) L. 6. C. *de inc. nupt.* (5. 5.) Nov. 12. prooem. c. 1. Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15.

(13) § 4. J. *de hered. qual.* (2. 19.) L. 6. § 2. L. 32. § 1. L. 49. § 1. L. 59. § 14. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 52. D. *de legat.* II. (31.); *Schroeter* observ. jur. civ. Jenae 1826. 8. n. VI.

(*) *Stryk* tract. de cautelis testamentorum ed. 1. Lipsia 1703. 4. (Opp. praest P. III.) *Trekel* tract. de orig. et progressu testamenti-factionis 1739. 4.; *Dunius* de veteri et novo jure codicillorum Romae 1752. 4.; *Klaproth* tratt. dei testamenti, codicilli etc. Gött. 1782. 8.; *Westphal* teorica dei testamenti etc. secondo il dritto Romano Lipsia 1790. 8.; *Dernburg* contribuzioni alla storia dei testamenti Romani Bonn. 1821. 8.

tates, *supremum judicium* (1), e colui che ha fatte cotali disposizioni addimandasi *testator*. Gli oggetti principali di cosiffatte disposizioni sono: 1) le istituzioni di erede, *heredis institutiones*, 2) le diseredazioni degli eredi legittimarii, *exheredítationes*, 3) i legati, cioè il carico imposto ai successori del testatore di prestare ad altri qualche cosa, *legata et fideicommissa*, e 4) la nomina di tutori, *tutoris datio*. Intanto un atto di ultima volontà può contenere anche delle altre disposizioni e segnatamente delle disposizioni sopra l'educazione dei figliuoli del testatore, degli ordini intorno ai funerali, e via discorrendo. Per rispetto al modo come si son formate, le disposizioni di ultima volontà si dividono in disposizioni unilaterali, ed in convenzioni.

1.° Le disposizioni unilaterali 1) allorchè contengono una istituzione di erede chiamansi testamento, *testamentum*, poco importando se sieno fatte a voce o in iscritto (2), e solo in un testamento e per conseguenza solo insieme con una nomina di erede può farsi eziandio una valida diseredazione (3); se poi 2) non siasi fatta alcuna istituzione di erede, ma semplicemente dei legati o altre disposizioni, allora se A. sono fatte a voce, possono solo venir indicate per via di descrizione, giacchè manca loro un proprio nome, ma se al contrario B. son fatte in iscritto, allora s'incontra nei fonti l'espressione tecnica di *codicilli*, la quale in generale significa uno scritto (4). I codicilli si dividono in *codicilli testamentarii* ed in *codicilli ab intestato*, secondo che si trovano insieme con un testamento, o senza alcun testamento (5), ed i primi, i qua-

(1) L. 1. § 1. D. *de bon. poss. sec. tab.* (37.11.)

(2) La definizione dei testamenti nella L. 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) è troppo ampia, imperocchè può convenire alle disposizioni di ultima volontà di ogni maniera, e l'etimologia « *testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est* » nel pr. J. *de test. ord.* (2. 10.); e presso Ulp. XX. 1., egualmente che la dichiarazione presso Isidori Orig. IV. 23. è da porsi in una medesima classe con la derivazione del *mutuum* dall'*ex meo tuum fit*. Tutt'i sostantivi che hanno la terminazione in *mentum* derivano da un verbo, ed esprimono un prodotto dell'azione che quel verbo significa. Anche *testamentum* dunque non esprime che il prodotto del *testari*, cioè della dichiarazione di volontà fatta innanzi a testimoni, non altrimenti che *monumentum* esprime il prodotto del *monere*, *fragmentum* del *frangere*, *firmamentum* del *firmare*. etc.

(3) § 2. J. *de codicill.* (2. 25.) L. 2. C. *eod.* (6. 36.) L. 14. C. *de testam.* (6. 23.) Caj. II. 273.

(4) Non occorre notare che *codicilli* sia una specie di diminutivo di *codex*. Ma è ben meraviglioso che per regola adoperasi il plurale *codicilli*, anche quando non si tratta che di una sola disposizione. Non pertanto talvolta incontrasi anche il singolare *codicillus*, p. es. nella L. 14. L. 28. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) L. 7. C. Th. *de mat. bon.* (8. 18.) L. 40. § 5. C. Th. *de haeret.* (16. 5.); Isidori Orig. l. c.

(5) § 1. J. *de codicillis* (2. 25.) L. 1. L. 4. C. *cod.* (6. 36.) L. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

li non sono validi se non quando il testamento medesimo sia valido (6), si suddividono in *codicilli testamento confirmati* e *non confirmati*, il che dipende dal vedere se nel testamento si contenga o no (7) una clausola che li confermi, la quale si può riferire così ai codicilli anteriormente già fatti, come a quelli che si faranno di poi (8), e può eziandio esser limitata ad alcuni determinati codicilli (9). Una siffatta conferma per rispetto ai codicilli anteriori è per regola necessariamente richiesta, affinchè essi rimangano validi, perchè altrimenti pel testamento posteriormente fatto diverrebero caduchi (10); salvo, secondo che fu disposto da Settimio severo e Caracalla, se sia ben manifesto che il testatore gli abbia voluto lasciare in vigore (11); ma anche pei codicilli futuri la conferma, sebbene non sia in se stessa necessaria (12), pure è ben importante; imperocchè alcune disposizioni non possono farsi che in codicilli confermati (13).

2.° Per ciò che riguarda le disposizioni di ultima volontà fatte per via di convenzioni, non possono certo per esse nominarsi degli eredi (14), ma si può bene in questa forma assicurare per convenzione un legato, e questa è la donazione a causa di morte, *donatio mortis causa* (15). Tutti coloro che son nominati eredi o tutori, o che ottengono un legato o una donazione a causa di morte si sogliono al presente chiamare *onorati*, mentre al contrario colui che dee soddisfare un legato chiamasi *onerato* o gravato.

2) *Specialità.*

A. Dei legati.

§ 311. Sebbene la dottrina dei legati non possa che più innanzi compiutamente essere esposta (1), nondimeno per l'intelligenza di tutto ciò

(6) L. 3. § 2. L. 11. pr. D. *de jure codicilli* (29. 7.)
(7) L. 3. § 2. D. *eod.*
(8) L. 8. pr. D. *cod.*
(9) L. 8. § 6. D. *eod.*
(10) L. 5. L. 18. D. *eod.*
(11) § 1. J. *eod.* (2. 25.)
(12) L. 3. § 2. D. *eod.*
(13) Caj. II. 270. L. 3. pr. D. *de testam. tut.* (26. 2.) L. 1. § 1. D. *de confirm. ut.* (26. 3.)
(14) V. § 300.
(15) V. § 381.
(1) V. cap. 9.

che segue è necessario che qui parimente si dichiari e svolga l'originaria differenza tra i legati e fedecommessi, come pure i principali momenti della loro storia. Nei tempi antichi un legato non avea forza obbligatoria se non quando si conteneva in un testamento o almeno in un codicillo confermato (2), era imposto agli eredi testamentarii (3) dopo o tra le istituzioni di erede (4), in lingua latina, e con parole di comando *verbis directis* s. *imperativis* (5), ed era dato a persone che avrebber potuto eziandio essere istituite eredi (6), ed una disposizione che riuniva tutte siffatte qualità appellavasi legato *legatum* (7), come del pari colui che dovea conseguirlo appellavasi *legatarius*. Secondo le espressioni solite ad usarsi nei legati si distinguono quattro spezie di legati con differenti effetti: *legata per damnationem*, *per vindicationem*, *sinendi modo*, e *per praeceptionem* (8). 1) Era un *legatum damnationis* s. per *damnationem* allorchè s'imponeva all'erede di dare ad altri alcuna cosa, p. es. « *heres damnas esto dare* » ovvero « *heredem meum dare jubeo* » ovvero « *heres dato* s. *facito* », e questa forma, la quale poteasi applicare a tutt'i possibili oggetti di un legato, anche alle cose altrui e future (9), produceva un'*obligatio quasi ex contractu* dell'erede gravato verso il legatario (10), da cui risultava l'*actio ex testamento* per l'adempimento del legato, azione di stretto dritto (11), nella quale *lis infitiando crescebat in duplum* (12). 2) Chiamavasi *legatum vindicationis* s. per *vindicationem* allorchè davasi al legatario il dritto di appropriarsi una co-

(2) Ulp. XXV. 8.; Caj. II. 270.; L. 36. D. *de legat*. II. (31.)

(3) Caj. II. 260. 270.; Ulp. XXIV. 20.

(4) Caj. II. 229. 230.: Ulp. I. 20. XXIV. 15.; Paul. III. 6. § 2.; L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) § 34. J. *de legatis* (2. 20.)

(5) Ulp. XXIV, 1. XXV. 9.

(6) Caj. II. 238-243. § 24-28. J. *de legat.* (2. 20.)

(7) Le definizioni contenute nel § 1. J. *de legatis* (2. 20.) « *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta* » nella L. 36. D. *de legat.* II. (31.) « *legatum est donatio testamento relicta* » e nella L. 116. D. *de legat*, I. (30.) « *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* » evidentemente non esprimono che in un modo insufficiente alcune soltanto delle qualità dei legati.

(8) Caj. II. 192.; Ulp. XXIV. 2.

(9) Caj. II. 201-208.; Caj. Epit. II. 5. § 2-5.; Ulp. XXIV. 8. 13.

(10) § 5. 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.); Caj. II. 204. 213.

(11) L. 5. § 4. L. 6. D. *in litem jur.* (12. 3.); Caj. II. 280. Il detto di Paolo S. R. III. 8. § 4., che in apparenza si oppone a ciò, si rapporta al dritto mutato del suo tempo, giacchè allora l'*actio ex testamento* nella pratica di già trattavasi quasi interamente come *bonae fidei*, segnatamente per rispetto agl'interessi accessorii dell'attore.

(12) Caj. II. 282. IV. 9.; § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.)

sa, il che segnatamente si ammetteva allorchè si erano usate le formole «*Lucio Titio do* s. *lego illam rem*», ovvero «*Lucius Titius capito* s. *sumito*, s. *sibi habeto*, s. *sibi vindicato illam rem*». Da questo non risultava alcuna obbligazione dell'erede, ma per contrario la proprietà della cosa legata di per sè stessa dopo la morte del testatore passava nel legatario, per modo che egli poteva rivendicarla da qualunque possessore; il perchè questa forma ammetteva il *juramentum in litem* che potea aver luogo in tutte le *actiones in rem*, ma però questa forma non applicavasi se non per cose speciali, che al testatore medesimo si appartenevano (13). Ritenevasi eziandio come una specie di siffatto legato la liberazione diretta di uno schiavo fatta per testamento, nel qual caso il legatario era legato a sè medesimo (14). 3) Chiamavasi *legatum sinendi modo* quando s'imponeva all'erede di patire che un altro si prendesse qualche cosa, e per questo adoperavasi la formola «*heres sinito*, s. *damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere*». Questa forma al certo potea avere per oggetto non solo cose del testatore medesimo, ma anche cose dell'erede, presupposto, che alla morte del testatore queste appartenessero ad uno dei due, ma non trasferiva immediatamente la proprietà, ed era controversia se in questo caso l'obbligazione dell'erede che da tal legato nasceva si estendesse anche a dover dare la cosa, ovvero fosse ristretta soltanto a dover patire che il legatario medesimo si prendesse la cosa (15). 4) Finalmente chiamavasi *legatum praeceptionis* s. *per praeceptionem* quando colla formola «*Lucius Titius illam rem praecipito*» (16) il testatore permetteva ad uno fra più coeredi di prendersi dalla successione qualche cosa per anteparte, nel qual caso questo erede con *l'actio familiae herciscundae* potea costringere gli altri a rilasciargli nella divisione, oltre la sua parte, le cose che gli erano state legate (17). Ma perciò appunto anche questa formola era ristretta soltanto alle cose del testatore, solo si ammetteva, che quando il testatore colla *fiducia* avea alienato o dato in pegno le cose legate, queste dovessero a spese dell'eredità essere riscosse (18). Sul modo come si avesse a trattare il caso, che il

(13) Caj. II. 193-200. 206-208., Caj. Epit. II. 5. § 1-5.; Ulp. XIX. 17. XXIV. 3. 7. 11. 12.; L. 60. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(14) Caj. II. 230. 233. 267. 272.; Ulp. I. 20.; L. 80. D. *de V. S.* (50. 16.)

(15) Caj. II. 209-215. 280.; Caj. Epit. II. 5. § 6.; Ulp. XXIV. 5. 10.; L. 2. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 14. D. *de usufr. leg.* (33. 2.); Theoph. II. 20. § 11.

(16) Caj. II. 216-223.; Ulp. XXIV. (6. 11.) Theoph. l. c.

(17) Caj. II. 219. L. 26. L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 17. § 2. D. *de legat.* I. (30.); Theoph. l. c.

(18) Caj. II. 220.; Ulp. XXIV. 11.; L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.)

testatore si fosse servito di questa formola pei legati fatti ad uno che non fosse erede, i Sabiniani e i Proculiani furono per lunga pezza di opinione diversa, ma infine l'opinione di questi ultimi, che cioè *praecipito* dovesse esser preso come *capito*, e quindi che il legato si avesse a riguardare come un *legatum vindicationis* fu approvata eziandio dai Sabiniani Sesto Pomponio, e Salvio Giuliano, e fu confermata da una costituzione di Adriano (19). La importanza delle anzidette formole, sotto Nerone fu molto scemata per un *Sctum Neronianum* mentre questo stabilì il principio che, allorquando si fosse scelta una formola non adattata, si dovesse riguardare come se si fosse adoperata quella formola che conveniva alle circostanze (20), e Costantino da ultimo dichiarò essere del tutto indifferente il modo come il testatore si fosse espresso, purchè si potesse vedere ciò che avea voluto (21). Per rispetto all' oggetto i legati si dividevano nei *singularum rerum legata*, allorchè si erano legati degli oggetti determinati, e nei *legata partitionis*, allorchè erasi imposto all' erede di dare al legatario una quota del puro attivo, dopo dedott' i debiti, la qual cosa, finchè durarono le antiche formole, potevasi fare soltanto per *damnationem*, ed in questo legato l'erede e il legatario mediante le così dette *stipulationes partis et pro parte* solevano obbligarsi reciprocamente a pagare posteriormente o a restituire nel caso, che in seguito ne risultasse un mutamento dello stato dell' attivo (22). I Sabiniani ed i Proculiani anche qui erano discordi sulla quistione se l'erede dovesse dare una parte ideale delle singole cose, ovvero pagarne solamente il valore, ma infine la pratica si attenne al partito di lasciarne la scelta all'erede (23). Stava in certo modo nel mezzo da una parte il *legatum hereditatis*, quando alcuno legava una eredità deferitagli (24), da un'altra parte il *legatum usufructus omnium* o *partis bonorum*, il quale per verità da prima si riferiva soltanto alle cose che non si consumano coll'uso, e quindi era

(19) Caj. II. 218. 220. Confr. L. 17. § 2. L. 18. D. *de legat.* I. (30.)

(20) Ulp. XXIV. 11.; Caj. II. 197. 198. 212. 218. 220. 222.; Fragm. Vat. § 85.

(21) L. 21. C. *de legatis* (6. 37.) § 2. J. *eod.* (2. 20.). Per effetto di ciò i compilatori di Giustiniano tralasciarono nelle Pandette il più che poterono la menzione delle antiche formole, la qual cosa spesso rende oscuro il testo.

(22) Cic. pro Caecina c. 4. de legib. II. 20.; Ulp. XXIV. 25. XXV. 15.; Caj. II. 254. § 5. J. *de fideicomm. hered* (2. 23.) L. 2. 26. § 2. L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 5. L. 9. D *de legat.* II. (31.) L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 4.) L. 164. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.)

(23) L. 26. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 8. D. *de usufr. leg.* (33. 2.)

(24) L. 76. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

trattato come un *legatum singularum rerum* (25), ma dopo il Senatoconsulto, che introdusse il *quasi usus fructus* (26), fu esteso a tutte le cose (27). Anticamente i legati non erano ristretti per rapporto alla quantità (28), ma di poi per impedire che il patrimonio non fosse pei legati soverchiamente smembrato, che non fosse tolto troppo agli eredi, i quali per lo più sono i parenti del testatore, e che una diminuzione posteriore del patrimonio non venisse a ricadere soltanto sugli eredi, e desse quindi occasione a rinunziare all'eredità, molte leggi introdussero una limitazione dei legati. Primamente la *lex Furia testamentaria*, plebiscito della prima metà del sesto secolo di Roma, dispose, che ad eccezione di certe persone, niuno per legati o per donazioni a causa di morte potesse ottenere più di 1000 assi, e chi avesse ricevuto di più, dovesse restituirne il quadruplo (29). Le persone eccettuate furono senza dubbio le medesime, che poco di poi anche la *lex Cincia* eccettuò dalle sue disposizioni, ma ad ogni modo i parenti del testatore fino al sesto grado, ed alcuni del settimo (30). Per la pena del quadruplo l'erede, allorchè non veniva rimborsato, potea valersi immediatamente della *manus injectio* (31). Del rimanente il quadruplo si riteneva come pura pena, senza che potesse insieme richiedersi la restituzione del legato medesimo, il perchè questa legge fu detta *lex minus quam perfecta* (32). Nondimeno perchè questa legge non soccorreva abbastanza, allorchè erano ordinati più legati, spezialmente per un piccolo patrimonio, così la *lex Voconia* anno di Roma 585 dispose che nessuno potesse avere in legati più di quel tanto che fosse lasciato all'erede (33). Intanto anche questo non giovava ad impedire che si potesse togliere quasi tutto agli eredi mediante molti piccoli legati, e però l'a. di R. 714. la *lex Falcidia* stabilì che ad ogni erede gravato di legati dovesse rimanere

(25) Cic. top. c. 4.; Ulp. XXIV. 26.

(26) V. § 183. n. II.

(27) Ulp. XXIV. 27.; L. 1. D. *de usufr. ear. rer.* (7, 5.) L. 29. L. 42. § 1. L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 32. § 8. L. 43. D. *de usufr. leg.* (33. 2.)

(28) Caj. II. 224.; *W. Burchardi* disp. exhibens flores sparsos ad legis Furiae de testamentis itemque legis Voconiae historiam. Herborn 1768. 4.

(29) Varro Fragm. de vita pop. Rom. ed. Bipont. p. 247.; « plebisque scito cautum, ne quis legaret causave mortis donaret supra asses mille ». Cic. pro Balbo c. 8. in Verr. II. 1. c. 42.; Caj. II. 225. IV. 23. 24. 109.; Ulp. I. 2.; pr. J. *de lege Falc.* (2. 22.); Theoph. ad h. l. *Schrader* nel mag. civ. di *Hugo* vol. V. p. 162.

(30) Fragm. Vat. § 301.; Ulp. XXVIII. 7.

(31) Caj. IV. 23. 24.)

(32) Ulp. I. 2.

(33) Cic. de legib. II. 19 in Verr. II. 1. c. 43.; Caj. II. 226.; pr. J. *de lege Falc.* 2. 22.); Theoph. ad h. l.; *Kind* de lege Vocon. Lipsia 1820. 4. c. 36. seg.

almeno un 1/4 della sua eredità o della sua porzione ereditaria, *quarta Falcidia*, e che quando gli fosse imposto un peso maggiore, potesse da ogni legato far proporzionatamente una deduzione (34). Questa disposizione rimase sempre in voga, sebbene più tardi parecchie eccezioni si fosser fatte alla *lex Falcidia* (35); ed anche contrariamente allo scopo della legge Giustiniano permise ai testatori di vietare la deduzione della quarta Falcidia, per modo che questa non viene tuttora applicata se non quando non sia disposto il contrario nel testamento (36). L'ultima restrizione dei legati per rispetto alla quantità trovasi nella *lex Furia Caninia* pubblicata l'a di R. 761. (8 dopo Cr.) (37), mentre essa parte a benefizio degli eredi, e parte per cagioni politiche e di polizia non permise al testatore di manomettere nel testamento se non un numero determinato di schiavi, il che fu di poi abolito da Giustiniano (38).

B. Dei fedecommessi.

§ 312. Per fedecommesso, colle denominazioni di *fideicommissarius* per l'onorato, e *fiduciarius* pel gravato, i Romani intendevano un legato, al quale mancava alcuno dei requisiti formali dei legati, come p. es. se il medesimo fosse stato imposto all'erede intestato, in un codicillo intestato (1), o in un codicillo non confermato (2), ovvero se fosse contenuto sibbene in un testamento, ma si trovasse però posto innanzi alle istituzioni di erede (3), ovvero se fosse espresso non già in parole di comando, ma a modo di preghiera, *verbis precativis*, o in una lingua straniera, o mediante soli segni (4), ovvero se fosse imposto ad un legatario (5). Or siccome il dritto civile antico non rico-

(34) Caj. II. 227.; Ulp. XXIV. 32.; L. 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) pr. J. *eod.* (2. 22.); Theoph. ad h. l.; Isidori Orig. V. 15.

(35) V. § 372.

(36) Nov. 1. c. 2. § 2. Anticamente ciò non si poteva L. 55. D. *de legat.* I. (30.) Nov. 1. c. 2. pr.

(37) Caj. II. 228.

(38) V. la mia St. § 98., più sopra § 123. e § un. J. *de lege Fur. Can. toll.* (1. 7.)

(1) Caj. II. 270. § 1. J. *de codicill.* (2. 25.)

(2) Caj. II. 270.; Ulp. XXV. 8. 11.; Paul. S. R. IV. 1. § 10.

(3) Ulp. l. c.

(4) Caj. II. 249. 250. 281.; Ulp. XXV. 1-3.; Paul. S. R. IV. 1. § 5. 6. 11.; L. 11. pr. L. 21. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 22. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 3. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

(5) Caj. II. 260. Caj. II. 271.

nosceva come obbligatorio un legato se non quando concorrevano tutte le condizioni che esso richiedeva per un legato, così s'intende di per sè che per tutti gli altri legati non v'era obbligo di adempierli, ma piuttosto dipendevano dalla buona volontà del fiduciario, ed erano abbandonati alla buona fede di lui, per conseguenza erano *fideicommissa* nel vero senso della parola (6). E però stava ancora nella natura della cosa che il testatore in siffatti legati solesse esprimersi soltanto per via di preghiere e di desiderio (7), che inoltre non montasse a nulla se il fedecommessario possedesse o no le qualità richieste per un erede o legatario; imperocchè stava sempre al fiduciario di dargli o no la cosa legata (8), e che, fintantochè i fedecommessi non ebber forza obbligatoria, non vi fossero intorno ad essi disposizioni di legge. Così rimase la cosa fino al tempo degl' Imperadori (9). Ma Augusto dopo preso consiglio da più valorosi Giureconsulti fu indotto a dichiarare obbligatorii i fedecommessi (10), e ne affidò la cognizione a'Consoli (11). Sotto Claudio furono anche istituiti in Roma due *Praetores fideicommissarii* per le liti sopra i fedecommessi, ma Tito Vespasiano ne soppresse uno (12). L'azione, la quale si teneva come un *judicium bonae fidei* (13), e nella quale per la negazione non s'incorreva nella pena del doppio, come nell'*actio ex testamento* (14), non era un'azione propriamente detta, ma sibbene apparteneva alla *extraordinaria cognitio* (15), dal che derivò che per un *fideicommissum libertatis* potè imporsi obbligatoriamente la manomissione di uno schiavo (16), il che non poteasi fare per via di legato; imperocchè avrebbe dovuto farsi con un *legatum damnationis*, e quindi avrebbe dovuto concedersi allo schiavo l'*actio ex testamento*,

(6) Pr. § 1. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.); Isidori Orig. IV. 23.)

(7) V. i luoghi citati nella Nota 4.

(8) Caj. II. 274. 275. 285. 286.

(9) La notizia che abbiamo nel pr. J. *de codicillis* (2. 25.), che Lucio Lentulo sotto Augusto in generale fosse il primo ad instituire un fedecommesso, è assolutamente incredibile. Per verità è meraviglioso che Cicerone non abbia mai adoperata la parola *fideicommissum*, ma nondimeno egli manifestamente fa menzione dei fedecommessi fatti ad eludere la *lex Voconia* Cic. de fin. bon. II. 17. 18.

(10) § 1. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.) pr. J. *de codicill.* (2. 25.)

(11) § 1. J. cit.

(12) L. 2. § 32. D. *de O. J.* (1. 2.); *Sueton.* in Claud c. 23. Plin. paneg. 36.; Dio Cass. LX. 10.; Ulp. XXV. 12; Caj. II. 278.

(13) Caj. II. 280.

(14) Caj. II. 282.

(15) Caj. II. 278.; Ulp. XXV. 12.

(16) Caj. II. 263-266. 272.; Ulp. II. 7-12. XXV. 18.; L. 16. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) § 2. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

della quale come schiavo era incapace (17), mentre al contrario anche agli schiavi era aperta la via ad invocare l'*extraordinaria cognitio magistratuum* (18). Del resto anche i fedecommessi egualmente che i legati possono o come *fideicommissa singularum rerum* riguardar soltanto degli oggetti spezialmente determinati (19), o come *fideicommissa hereditatis* (fedecommessi universali) avere ad oggetto l'intera eredità o una parte della medesima (20). Un fedecommesso di quest'ultima specie era da prima trattato in tutto come un *legatum partitionis*, e quindi riferivasi soltanto al puro attivo; e per conseguenza anche qui solevano usarsi le *stipulationes partis et pro parte* (21). Nondimeno ciò fu mutato l'a. di R. 815. (62. dopo Cr.) pel Senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone (22). Cioè siccome pei fedecommessi, dopo che divennero obbligatorii, erasi di nuovo prodotta la possibilità di toglier tutto agli eredi mediante cosiffatte disposizioni, e non di rado gli eredi erano siffattamente aggravati, spezialmente con fedecommessi universali, che essi perciò rinunziavano, e col cadere del testamento rendevansi vane tutte le disposizioni del testatore, così quel Senatoconsulto per riparare in qualche modo a questo male, almeno pei fedecommessi universali dispose: 1) che un fedecommessario universale dovesse esser trattato come erede, succedere nella massa lorda, e per conseguente, allorchè egli otteneva tutto, dovesse entrare interamente in luogo dell'erede, e se poi il fedecommesso non riguardava che una quota dell'eredità, dovesse egualmente che un coerede sopportare una parte proporzionata dei debiti, e del legati e fedecommessi singolari imposti all'erede, e prendere del pari una parte dei crediti e degli altri beni (23); 2) ma d'altra parte dispose eziandio che l'erede, siccome non era tenuto a sopportare il peso della successione che in quanto effettivamente rimaneva presso di lui una parte dell'eredità, dovesse esser tenuto sulla richiesta del fedecommessario ad accettare l'eredità, e ad eseguire

(17) L. 44. § 7. D. *de judic.* (5. 1.) L. 22. L. 107. D. *de R. J.* (50. 17.). Questa ragione non riguardava la manomissione diretta per testamento, imperocchè per tal modo lo schiavo diveniva libero *ipso jure*, e quindi non avea bisogno di costringere l'erede a manometterlo.

(18) V. § 67. Nota 7.

(19) Caj. 260-266.; pr. § 1. 2. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.)

(20) Caj. II. 247-259.; pr. § 1 2. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(21) Caj. II. 252.: Theoph. II. 23. § 3.

(22) V. la mia St § 103. n. 8.

(23) Caj. II. 253.: Paul. S. R. IV. 2.; § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 1. § 1. 2. 17-21. L. 2. L. 3. pr. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. L. 8. C *eod.* (6. 49.)

il fedecommesso (24), e se egli si lasciava costringere all'adizione dovesse per pena rilasciare al fedecommessario tutta l'eredità ma però insieme coi debiti ed altri pesi (25), il che un Senatoconsulto sotto Adriano approvò anche pel caso che il fedecommessario fosse uno schiavo manomesso nel testamento, o da dover essere manomesso dall'erede medesimo (26). Per verità il Senatoconsulto Trebelliano nelle anzidette disposizioni parlava solo di fedecommessi universali imposti ad un erede testamentario e di obbligazioni del dritto civile (27); ma nondimeno fu applicato eziandio a quei fedecommessi che erano imposti agli eredi *ab intestato*, parimente alle *actiones honorariae*, e perfino alle semplici obbligazioni naturali (28). Oltre a ciò nel Senatoconsulto non erasi determinato come e quando il passaggio della successione propriamente avvenisse nel fedecommessario, e però un Editto del Pretore stabilì che il passaggio seguisse così tosto come l'erede avesse espressa la *restitutio fideicommissi*, cioè avesse dichiarato di volere oramai rilasciare al fedecommessario l'eredità o la quota della medesima, che gli dovea restituire, col che il fedecommessario non altramente che un erede mediante l'adizione, immediatamente senza cessione, tradizione, o altro modo di trasferimento dovesse subentrare non solo nei debiti e crediti, ma anche nella proprietà delle cose ereditarie (29); e da ciò dipende che i fedecommessi universali furon chiamati un modo di acquisto pretorio e una *successio juris honorarii* (30), e che il dritto del fedecommessario sulle cose non veniva considerato come una vera proprietà, ma solo un *in bonis esse* (31). A tutto ciò Giustiniano aggiunse eziandio per compimento la disposizione, che, se l'erede prima della restituzione fos-

(24) L. 4. L. 5. L. 6. § 2-6. L. 55. § 1. L. 63. § 11. D. *eod.* § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.); Ulp. XXV. 16.

(25) L. 4. D. *eod.*

(26) L. 83. § 1. D. *de hered. inst.* (28. 5.)

(27) L. 1. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(28) L. 6. § 1. L. 40. pr. L. 47. L. 61. pr. D. *eod.*

(29) Caj. II. 253. § 4. J. *de fideicomm. her.* (2. 33.) Confr. con L. 37. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(30) L. 24. § 1. D. *fam. herc.* (10, 2.) L. 9. § 6. 7. D. *de interrog. in jure* (11. 1.) L. 2. § 19. D. *pro emptore* (41. 4.)

(31) L. 63. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Sopra nel § 174. Nota 18. io mi sono espresso dubbiosamente iotorno a ciò, ma ora qoi non veggo più aleuna ragione di dubitare. Iotaoto s'iotende da sè che allora soltanto ne risoltava uo semplice *in bonis esse* quando l'erede erasi limitato ad una restituzione verbale, e ooo avea effettivamente consegnato o mancipato le cose, come egli poteva assolutameote fare L. 37. pr. D. *eod.* Imperocchè si può rigoardare come un modo di acquisto pretorio non già il fedecommesso in sè stesso, ma la sola *restitutio fideicommissi* fatta per semplice dichiarazione.

se morto senza successori, si avesse a riguardare come avvenuta la restituzione (32). Pel Senatoconsulto Trebelliano l'erede era certamente assicurato di non dovere sopportare i pesi ed il rischio della successione a vantaggio del fedecommessario universale, ma non era garentito contro la necessità di dover tutto restituire. Per la qual cosa il Senatoconsulto Pegasiano fatto probabilmente sotto Vespasiano (33) estese la quarta Falcidia ai fedecommessi di ogni maniera (34), ed in ciò per rapporto ai fedecommessi universali stabili una opportuna distinzione: 1) se il fedecommesso comprendeva più di tre quarti della eredità, e per conseguenza la quarta dell' erede (la quale in questa applicazione al presente si suole appellare *quarta Pegasiana*, ed anche più di frequente *quarta Trebellianica*, sebbene il Senatoconsulto Trebelliano non facesse parola di *quarta*) (35), ne rimaneva lesa in modo da render necessaria una deduzione, poco importando se ciò fosse avvenuto pel solo fedecommesso universale, o pel cumolo di altri legati, allora il fedecommesso universale dovea, come per l'antico dritto, esser trattato siccome un *legatum partitionis*, e per conseguenza il solo erede dovea rimanere erede, e dedurre da tutti i legati una parte *pro rata*. 2) Se per contrario non era necessar ia una deduzione, allora si dovea stare al prescritto del Senatoconsulto Trebelliano, e però anche il fedecommessario dovea ritenersi come erede, e se occorreva, poteva eziandio costringere all'adizione il vero erede (36). Nondimeno questa distinzione fu abolita da Giustiniano, e fu disposto che anche quando fosse necessaria una deduzione il Senatoconsulto Trebelliano dovesse essere applicato, e quindi il fedecommessario dovesse sempre esser trattato come erede (37). Ma l'estensione della falcidia ai fedecommessi non fu la sola restrizione che fosse introdotta. Dopo che i fedecommessi divennero obbligatorii non poteva in generale farsi a meno di una determinata teorica intorno ad essi, e questa col volger del tempo si

(32) L. 7. § 1. C. *eod.* (6. 49.)

(33) V. la mia St. § 104. n. 2.

(34) Caj, II. 254. § 5. J. *de fideic. her.* (2. 23.)

(35) La ragione di questa denominazione è soltanto che nelle Pandette e nel Codice il *Sctum Pegasianum* vien trattato unitamente nei titoli *ad Sctum Trebellianum.*

(36) Caj. II. 254-259.; Ulp. XXV. 14-16.; Paul. S. R. IV. 3.; § 5. 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 86. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 1. § 20. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(37) § 7. J. *de fideic. her.* (2. 23.). Siccome questa innovazione non si trova in alcuna costituzione speciale, ma soltanto nelle istituzioni, così è verisimile che Giustiniano nel rileggere le istituzioni l'abbia fatta egli medesimo (la mia St. § 144. Nota 8.), senza sapere quale pratica incompatibilità da ciò ne risultava; V. § 381.

venne formando per diversi modi. Segnatamente si sottomise a certe condizioni la capacità di ottener fedecommessi (38); furono prescritte delle forme per ordinare un fedecomesso (39), ed in più rapporti i principii sopra i legati furono applicati eziandio ai fedecommessi, in ispezialtà per un Senatoconsulto sotto Adriano (40). Ma dall'altro canto i fedecommessi produssero anche l'effetto che si tralasciò molto degli antichi principii sopra i legati ed i testamenti (41). Per tal modo a poco a poco svanì in gran parte la differenza pratica tra i legati e i fedecommessi, per la qual ragione Giustiniano finalmente li agguagliò, ed ordinò che per le disposizioni di amendue le specie si dovessero interamente applicare i medesimi principii (42). La teorica comune che ora è in voga, come dal fin qui detto apparisce, ha preso origine parte dai legati e parte dai fedecommessi (43). Ma in caso di dubbio l'antica teorica dei fedecommessi, come la meno rigorosa, merita di aver la preferenza (44).

II. Disposizioni accessorie:

1) *Condizioni.*

§ 313. Alle disposizioni di ultima volontà possono aggiungersi eziandio delle condizioni, e queste, fatt'astrazione da talune speciali restrizioni ed eccezioni (1), debbono essere osservate secondo l'intenzione del testatore. Imperocchè l'intenzione, come generalmente per tutte le disposizioni di ultima volontà, qui per regola è decisiva (2); e però quando solo per inavvedutezza siasi aggiunta una condizione, la disposizione si ritiene come non condizionale, siccome al contrario cade la disposizione, allorchè una condizione, che si avea in mira di aggiungere, siasi per inavvertenza omessa (3). Intanto se il testatore ab-

(38) V. § 318.
(39) V. § 321.
(40) Caj. II. 287.
(41) V. § 315. 316. 318.
(42) L. 1-3. C. *commun. de leg. et fideic.* (6. 43.)
(43) V. Cap. 9.
(44) L. 2. C. *eod.*
(1) V. Nota 23-53.
(2) L. 19. pr. L. 101. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 84. § 7. D. *de legat.* I. (30.)
(3) L. 9. § 5. 6. D. *de hered. inst.* (28. 5.)

bia annunziato di voler indicare una condizione, che di poi non si trova espressa, ciò secondo la decisione di Giustiniano, non nuoce; imperocchè può bene essere avvenuto un mutamento di volontà (4); ma se per contrario una condizione realmente ordinata non si possa intendere per essere interamente oscura o contradittoria, la disposizione che da tal condizione dipende, divien caduca (5). Se ad una disposizione sieno copulativamente aggiunte più condizioni, naturalmente debbono tutte avverarsi prima che la disposizione possa venire adempiuta (6); per contrario di più condizioni alternativamente congiunte basta che una soltanto si verifichi (7). Se un legato sia più volte ripetuto, una volta sotto condizione, un'altra senza condizione, ovvero ogni volta sotto una condizione diversa, vale sempre l'ultima disposizione (8), eccetto per la manomissione diretta, *manumissio testamento*, nel qual caso dee valere la disposizione più favorevole alla liberazione dello schiavo (9). Per contrario nella istituzione di erede, allorchè questa sia più volte ripetuta sotto diverse condizioni, si considera come se fossero aggiunte alternativamente più condizioni (10), ma se la medesima si trovi una volta senza condizione ed un'altra sotto condizione, si preferisce la disposizione senza condizione (11). Le condizioni che s'intendono di per sè non hanno veruna influenza (12), e tra

(4) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(5) L. 4. pr. L. 16. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 88, pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(6) § 11. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 5. D. *de cond. inst*, (28. 7.)

(7) § 11. J. cit. L. 5. D. cit. L. 78. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.). La L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.). dalla quale *Huschke* nel giornale pel dir. e la proc. civ. vol. XII. n. 11. deduce che l'onorato, allorchè si verifichi una sola delle condizioni debba ricever solo la metà del legato, non contiene se non un *jus singulare* introdotto da Tiberio per un caso speciale.

(8) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 4. L. 17. L. 28. D. *de adim. vel. transf. leg.* (34. 4) L. 40. § 2. L. 87. L. 89. D. *de condit. et dem.* (35. 1.). Per conseguenza anche un legato dato in prima *pure*, ma di poi rivocato sotto una condizione è da riguardarsi come se fosse dato sotto l'opposta condizione L. 10. pr. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 6. pr. D. *quando dies.* (36. 1.)

(9) L. 35. L. 87. L. 88. L. 90. D. *eod.* L. 1. D. *de man. test.* (40. 4.). Ciò non si applica alla *fideicommissaria libertas*, questa qui vien trattata come gli altri legati L. 5. D. *eod.*

(10) L. 27. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 17. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(11) L. 27. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.). Per verità questo passo potrebbe anche intendersi in questo modo, che debba preferirsi la prima disposizione, nondimeno qui pare che si dia la preferenza alla prima disposizione soltanto come disposizione non condizionale.

(12) L. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 47. L. 85. L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 7. § 5. L. 21. § 1. L. 22. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

queste si annovera per regola anche la condizione: *se l'onorato voglia succedere, si voluerit*, ma non è così per coloro i quali altrimenti acquisterebbero *ipso jure*, giacchè allora questi debbono dichiarare la loro accettazione (13). Ma per le condizioni delle disposizioni di ultima volontà sotto più rapporti valgono dei principii totalmente diversi da quelli che han luogo negli altri affari giuridici.

1.° Colui, che è onorato sotto condizione, dee assolutamente sopravvivere all'avveramento della condizione; in caso contrario anche i suoi eredi non ricevono nulla (14), ed il medesimo ha luogo allorchè ad un legato siasi aggiunta una condizione risolutiva a favore del gravato, nel qual caso egli parimente non ricupera la cosa legata se non quando sopravvive all'avveramento della condizione (15). Intanto trattandosi di una *conditio in praesens vel praeteritum relata*, che fin da principio è decisa, l'onorato non ha mestieri che sopravviva alla notizia dell'avvenimento, che forma la condizione (16). Ma stando a questi principi, siccome un onorato, al quale sia imposta per condizione l'omissione di qualche atto, che sia possibile farsi durante tutta la vita, non potrebbe pervenire alla successione, così fu adottato l'espediente proposto dal Giureconsulto Q. Muzio Scevola (17), da prima veramente soltanto pei legati, ma di poi anche per le istituzioni di erede, che cioè se l'onorato presti la cauzione detta dal suo autore *cautio Muciana*, di restituir tutto, in caso che contravvenga alla condizione, a quei che altrimenti avrebber conseguito o ritenuto l'eredità o il legato, debba immediatamente essere ammesso alla successione (18), di tal che la condizione sospensiva vien trattata come una condizione risolutiva (19). Si richiede soltanto che non sia determinato alcun tempo per la omis-

(13) L. 69. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 65. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.)

(14) L. 59. § 6. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 65. § 1. L. 104. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 60. D. *de legat.* II. (31.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 59. L. 101. L. 109. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 22. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(15) L. 16. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) Confr. il mio trait. della restituzione nello stato primiero p. 109. seg.

(16) L. 16. D. *de injusto* (28. 3.) L. 10. § 1. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(17) Nov. 22. c. 43. Confr. la mia St. § 64. n. 6.

(18) L. 76. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 7. pr. L. 18. L. 72. § 2. L. 73. L. 77. § 1. 2. L. 79. § 2. 3. L. 101. § 3. L. 106. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 65. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 4. § 1. D. *de cond. inst.* (28. 7.) Nov. 22. c. 43. 44.

(19) Rigorosamente parlando la *cautio Muciana* forma un'eccezione dalla regola che le istituzioni di erede non ammettono alcuna condizione risolutiva (Nota 54.), ma le fonti anche per questo qui evitano di parlare di una condizione risolutiva.

sione, altrimenti si dovrebbe aspettare che questo tempo fosse trascorso (20); come pure si richiede che non siasi nel tempo stesso aggiunta un' altra condizione, perchè allora per cagione di quest' altra condizione, prima che l' avvenimento siasi verificato, la prestazione della *cautio Muciana* non giova (21); ma per contrario se l' atto vietato per qualsivoglia modo sia divenuto impossibile, l' onorato acquista incontanente il dritto di succedere senza cauzione (22). Del rimanente se dopo prestata la cauzione la condizione sia trasgredita, oltre a ciò che si è ricevuto debbono restituirsi eziandio i frutti e gli utili che se ne son ritratti (23), ed il medesimo vale allorchè il testatore dispensò dalla cauzione, il che Giustiniano gli permise di fare (24).

2.° Le condizioni impossibili ed inammisibili non rendono qui, come altrove, invalida la disposizione condizionale, ma si reputano come non aggiunte, cosicchè la disposizione si ritiene come non condizionale (25), purchè non sia per avventura manifesto che il testatore abbia voluto fare una burla all' onorato (26). E quì si ritengono come condizioni impossibili anche quelle che riguardano azioni che in sè stesse son possibili, ma che al tempo ohe fu fatto il testamento erano di già per qualche avvenimento divenute impossibili (27), o pure non si possono eseguire nel tempo che il testatore ha prescritto (28). Una condizione poi può essere inammessibile in tre diversi rapporti: 1) *per la natura della condizione*, e per questo riguardo son rigettate: A. tutte le condizioni che consistono in ciò che l' onorato debba fare

(20) L. 72. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(21) L. 77. § 1. D. *eod.*

(22) L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 106. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Nov. 22. c. 44. § 1.

(23) L. 76. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 79. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Nov. 22. c. 44. § 2. 4. 7.

(24) Nov. 22. c. 44. in fine.

(25) § 10. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 16. D. *de injusto* (28. 3.) L. 45. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 1. L. 6. L. 9. L. 14. L. 15. L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 3. L. 6. § 1. L. 20. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 3. 4. D. *quando dies* (36. 2.). Da questa regola non s' incontrano che tre eccezioni: 1) nelle istituzioni captatorie, e prima anche 2) nei legati *poenae*, come pure 3) nelle istituzioni degli eredi legittimarii sotto una condizione non potestativa. Ma la seconda eccezione è cessata nel dritto di Giustiniano.

(26) L. 61. pr. D. *de man. test.* (40. 4.) L. 4. § 1. D. *de statu lib.* (40. 7.)

(27) L. 6. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 104. § 1. D. *de legat.* I. (30.) non si oppone la L. 84. § 7. D. *eod*

(28) L. 6. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

qualche cosa non permessa o immorale (29); B. le *conditiones derisoriae*, per l'adempimento delle quali l'onorato si dovrebbe prostituire o render ridicolo (30); C. la *conditio jurisjurandi vel cautionis*, allorchè l'onorato per giungere alla successione debba in prima promettere con giuramento di adempire ad un peso impostogli, o prestare altrimenti cauzione, nel qual caso egli dee certamente adempire al peso, in quanto sia ammisibile, ma per l'Editto del Pretore vien liberato dalla prestazione del giuramento o della cauzione, affinchè egli per tal modo non venga stimolato all'adempimento di pesi illegittimi (31); D. la condizione di non maritarsi (32), in quanto non sia imposta ad una persona rimasta vedova, come *conditio viduitatis* (33), la quale eccezione fu introdotta dalla *lex Julia Miscella*, cioè senza dubbio dalla *lex Julia et Papia Poppaea*, dalla quale potè anche avere origine il rigettò della condizione di non maritarsi; ma solo pel caso che un conjuge ricevesse dall'altro un vantaggio sotto la condizione di rimanere nello stato vedovile, sebbene si ammetta qui la restrizione, che se il conjuge onorato sia senza figliuoli, e giuri di volersi rimaritare solo per avere dei figliuoli, debba cessare la *conditio viduitatis* (34), al che più tardi forse per un ignoto Senatoconsulto fu anche aggiunto, che il conjuge sopravvivente possa sempre succedere immediatamente mediante la prestazione della cauzione Muciana (35). La qual cosa di poi Giustiniano, dopo aver da prima in tutto rigettata quell'eccezione (36), estese finalmente in modo, che ogni testatore potesse validamente prescrivere la condizione di vedovanza, e che l'onorato non potesse allora pervenire alla successione se non dando cauzio-

(29) L. 9. L. 14. L. 15. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 20. D. *de cond. et dem* (35. 1.)

(30) L. 14. L. 27. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(31) L. 7. L. 8. D. *eod.* L. 29. § 2. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 20. L. 26. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(32) L. 22. L. 72. § 5. L. 77. § 2. D. *eod.* L. 63. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Nov. Majoriani tit. 6. § 3.

(33) Nov. 22. c. 44.

(34) Nov. 22. c. 43. Non si oppone L. 62. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(35) Nov. 22. c.43. Confr. con L.3. C. *de indicata viduitate* (6. 40.). Potrebbe parere maraviglioso che l'applicazione della cauzione Muciana qui abbia avuto bisogno di una speciale disposizione, ma dalla L. 7. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.), noi vediamo che in generale l'applicazione di questa cauzione non fu decisamente riconosciuta che nell'epoca imperiale.

(36) L. 2. L. 3. C. *de indicata viduitate* (6. 40.)

ne (37); E. la condizione di maritarsi a volontà di un terzo (38), mentre la condizione di sposare una determinata persona o di non sposarla è pienamente valida (39); F. la condizione di far divorzio (40), mentre al contrario la condizione di non far divorzio è valida (41) e G. la condizione di non lasciare un determinato luogo, salvo quando sia imposta ad un liberto del testatore (42). 2) *Per lo scopo della condizione*, il che presentasi in due applicazioni: A. Secondo un Senatoconsulto, la cui epoca non si può altramente determinare che da ciò che Cajo di già lo conosceva (43), ma Labeone non ne avea ancora notizia (44), son nulle tutte le disposizioni captatorie, cioè quelle tali disposizioni, per le quali alcuno non viene onorato che sotto la condizione che egli medesimo onori il testatore o altra persona da lui indicata, e cotali disposizioni son nulle, affinchè niuno si lasci determinare a corrispondere per riconoscenza all'intenzione egoista, che il testatore in cosiffatte disposizioni manifesta (45). Questo è uno dei pochi casi del dritto Giustinianeo, in cui la condizione produce la nullità di una disposizione di ultima volontà; ma non si trova però che sia anche nulla la disposizione, con la quale l'onorato abbia alla sua volta istituito per suo erede il testatore (46). B. Prima di Giustiniano erano anche nulle le disposizioni testamentarie fatte per pena di un erede, se questi non adempisse a certi pesi. Per verità non era senza controversia se per pena dell'erede gli potesse essere sostituito o aggiunto un altro (47); al contrario era ben fermata la teorica che i *legata et manumissiones poenae nomine* fossero invalidi, perchè aveano il solo scopo di costringere all'adempimento di un peso, e non procedevano da bo-

(37) Nov. 22. c. 44.

(38) L. 72. § 4. L. 28. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(39) L. 31. L. 63. pr. § 1. L. 71. § 1. D. *eod.*

(40) L. 5. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(41) L. 101. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(42) L. 71. § 2. D. *eod.*

(43) L. 64. D. *de legat.* I. (30.)

(44) L. 20. § 2. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 29. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(45) L. 70. L. 71. L. 81. § 1. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 64. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 11. C. *de test. mil.* (6. 21. *Bynkershoek* opusc. T. II. n. 5. *Sell* Saggi parte II. § 66.

(46) Di altra opinione è *Bynkershoek* l. c.c. 10. V. per contrario *Thibaut* Saggi parte I. n. 4. E anche mal fondata l'opinione di *Majans* disput. jur. T. II. n. 35. § 14. che ciò che si fosse lasciato al *testator captans* si dovesse confiscare, riguardandosi come indegno Sell l. c. p. 109. seg.

(47) Caj. II. 243. § 36. J. *de legatis* (2. 20.)

nevolenza verso il legatario (48), ma per questo effetto si richiedeva, che il legato non fosse semplicemente subordinato come a condizione al caso dell' inadempimento di un peso, ma fosse istituito per punire il gravato di una data omissione (49), e questo fin dal tempo di Cajo veniva applicato anche ai fedecommessi (50). Ma Giustiniano senza altri riguardi permise generalmente ai testatori di punire l' inosservanza dei pesi legittimamente imposti mediante l' ordinamento di legati da soddisfarsi in tal caso, mediante la sostituzione o aggiunzione di un altro onorato, o mediante la perdita della successione, la minaccia della quale perdita ora addimandasi *clausula privatoria* (51). 3) *Per la natura della disposizione condizionale* in tre casi, mentre A. l'istituzione dei figliuoli del testatore non può esser subordinata ad altre condizioni che alle pure potestative, nel caso contrario tutto il testamento è nullo (52); B. la legittima lasciata ad un erede legittimario, secondo la disposizione di Giustiniano, non può sottoporsi a condizioni, nondimeno qui cade soltanto la condizione, che per avventura vi fosse stata aggiunta; (53), e C. le condizioni risolutive generalmente non sono osservate nella istituzione di erede (54), il che però non vale quando il testatore è un soldato (55), ma in altri casi patisce semplicemente tre eccezioni indirette per la *cautio Muciana* (56), per la *clausula privatoria* (57), e per l'istituzione di fedecommessi universali condizionali (58).

(48) Caj. II. 235-237.; Ulp. XXIV. 17. L. 1. D. *de his quae poenae* (34. 6.). La notizia che trovasi in Capitolino in Anton. Pio c. 8. « *Primus constituit ne poenae causa legatum maneret* » si riferisce forse soltanto alla prima ricognizione legale di un principio formato per l' interpetrazione dei Giureconsulti. Nondimeno per quanto è noto, in generale la prima volta si fa discorso di ciò, dai contemporanei di Antonino, da Cajo, il che è pruova che Antonino Pio effettivamente sia stato l' autore della invalidità dei *legata poenae*.

(49) L. 2. D. *eod.*: Ulp. l. c.

(50) Caj. II. 288.

(51) L. un. C. *de his quae poenae nom.* (6. 41.) § 36. J. *de legat.* (2. 20.)

(52) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 86. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. L. 28. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 83. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 20. § 4. D. *de bon. lib.* (38. 2.) L. 4. C. *de inst. et subst.* (6. 25.); *Sell.* l. c. § 67. V. appresso § 347.

(53) L. 32. L. 36. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(54) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 88. D. *de her. inst.* (28. 5.). Di altra opinione è *Wening-Ingenheim* nell' Arch. per la prat. civ. vol. I. n. 9.; V. al contrario *Thibaut* quivi vol V. n. 13., *Zimmern* quivi vol. VII. n. 7.

(55) L. 6. L. 41. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(56) V. Nota 17-24.

(57) V. Nota 51.

(58) V. § 388.

3.° Se si prendano a condizioni atti puramente potestativi dell'onorato, questi debbono seguire dopo la morte del testatore e con l'intenzione di adempiere la condizione (59), e quando il testatore non abbia determinato alcun tempo, l'onorato è tenuto di adempiere la condizione come prima egli può; e però nel caso d'indugio sulla richiesta degl' interessati può dal Giudice stabilirsi un termine (60). Ma qui del resto non si dee computare il tempo, durante il quale, sia stato ingiustamente da altri impedito di eseguire la condizione (61). Per le altre condizioni è sufficiente che le medesime in qualsivoglia tempo, durante la vita dell'onorato vengano adempiute, sia prima, sia dopo la morte del testatore, e non nuoce neppure se l'avvenimento preso per condizione era di già avvenuto al tempo che il testamento fu fatto, salvo se il testatore ne fosse stato consapevole; imperocchè allora si presume che egli abbia inteso che questo avvenimento dovesse nuovamente aver luogo (62).

4.° L'adempimento parziale di una condizione anche qui in generale non è sufficiente (63); intanto se più persone sieno state onorate sotto una condizione potestativa comune, e l'adempimento di questa condizione sia suscettiva di divisione, basta per ciascuno individualmente che egli abbia adempiuto la sua parte (64), mentre al contrario l'opinione di alcuni giuristi, i quali nelle condizioni indivisibili stimavano l'adempimento per parte di uno degli onorati tornare a vantaggio eziandio dei rimanenti, fu rigettata da Giustiniano, e per conseguenza ognuno che vuol succedere dee qui adempir per intero la condizione (65).

5.° Qui prescindendo dalle prescrizioni singolari di più Senatoconsulti sul legato della libertà, che in altre occasioni abbiamo già incontrate (66), una condizione non adempiuta si ritiene per adempiuta non solamente 1) allorchè, come avviene anche in altri casi, colui, al quale la disposizione condizionale toglie qualche cosa o impone qualche ob-

(59) L. 2. L. 11. § 1. L, 91. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(60) L. 23. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 29. D. *de cond. et dem.* (35. 1) L. 4. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (42. 5.)

(61) L. 40. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(62) L. 45. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. L. 11. pr. L. 68. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 7. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(63) L. 56. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(64) L. 44. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 56. L. 112. pr. § 2. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 11. § 1. L. 13. pr. § 1.2. D. *de man. test.* (40.4.) L. 13. § 2. D. *de statu lib.* (40. 7.)

(65) L. 6. C. *de condition.* (6. 46.)

(66) V. § 121. Nota 11-17.

bligo, ne impedisce l'adempimento, ovvero ne fa remissione (67), ma anche 2) allorchè l'onorato dee far qualche cosa, per la quale si richiede la cooperazione o il consentimento di altri, ed egli sia pronto all'adempimento, ma gli altri non vogliono cooperarvi (68). Era grandemente controverso presso i Romani se il medesimo fosse da ammettere, allorchè l'onorato, il quale avea la volontà di adempiere la condizione, e non si trovava in mora, ne fosse stato semplicemente impedito da un caso, giacchè molti decisamente il negavano (69) ed altri l'affermavano (70). Ora per verità Giustiniano in quanto al legato della libertà si attenne alla opinione affermativa (71),ma siccome la sua decisione procede evidentemente dal *favor libertatis*, così non comporta alcuna più ampia applicazione, e quindi in altri casi piuttosto si dee ritenere come non verificata la condizione (72). Per contrario 3) si può anche qui rapportare il caso che sia imposto all'onorato per condizione che debba ottenere un certo *status* in un determinato modo, ed egli l'abbia ottenuto in un altro modo, mentre allora la condizione del pari si dee ritenere per adempiuta (73), come pure 4) il caso che ad uno di più eredi sia imposta per condizione qualche cosa, la quale non sia d'interesse che pei coeredi, e questi non acquistino nulla, cosicchè rimanga egli solo, nel qual caso la condizione si estingue (74).

6.° E' molto singolare la disposizione di Giustiniano che i legati sotto la condizione che il gravato muoja celibe o senza figliuoli si debbano estinguere allorchè il gravato entra in un Chiostro, o fa voto di castità, eccetto allorchè siano destinati ad uno scopo pio (75).

(67) L. 24. L. 45. L. 81. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 5. D. *quando dies* (36. 2.) L. 161. D. *de R. J.* (50. 17.)

(68) L. 3. L. 11. L. 23. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 30. § 5. D. *de legat.* III (32.) L. 14. L. 31. L. 78. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 5. D. *quando dies* (36. 2.) L. 1. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(69) L. 23. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 6. § 1. L. 31. L. 94. pr. L. 112. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 19. L. 20. § 3. D. *de statu lib.* (40. 7.) L. 4. C. *de cond. insert.* (6. 46.)

(70) L. 8. § 7. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 54. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 20. pr. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 11. § 1. L. 18. § 2. D. *de alim. legatis* (34. 1.) L. 81. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 1. C. *de legatis* (6. 37.)

(71) L. 7. C. *de cond. insert.* (6. 46.)

(72) Imperocchè la regola è certamente che le condizioni debbono effettivamente essere adempiute, e per conseguenza un'eccezione non può essere ammessa se non quando non cada dubbio sulla medesima. Confr. *Sell* l. c. § 53.

(73) L. 11. § 11. D. *de legat.* III. (32.) L. 15. D *quando dies* (36. 2.) L. 3. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(74) L. 20. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 7. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(75) L. 53. § 2. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 37.

7.° Sebbene i dritti condizionali di successione non si possano pienamente acquistare se non al verificarsi della condizione, nondimeno 1) un erede condizionalmente istituito può anche prima ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas* (76), ma in tal caso, se vi siano dei sostituiti, deve eziandio prestar loro una cauzione a cagione dell'eredità (77), e 2) un legatario o fedecommessario condizionalmente nominato può richieder cauzione dal gravato a cagione del futuro adempimento del legato (78).

8.° Le condizioni verificate, nella istituzione di erede si riportano al tempo della morte del testatore, come se l'istituito fin d'allora fosse divenuto erede (79), ma ciò non ha mai luogo nei legati (80), se non che le disposizioni sopra gli oggetti legati, che il gravato nell'intervallo avesse fatte, divengono caduche (81).

2) *Determinazioni di tempo, modus, e causa.*

§ 314. Fra le disposizioni accessorie:

1.° Le determinazioni di tempo nella istituzione di erede, menochè il testatore non sia soldato (1), sono assolutamente inammessibili e non vi si ha riguardo, tanto se siano termini di cominciamento (2), quanto se siano termini finali (3); salvo che non si fosse indicato come termine di cominciamento un punto di tempo assolutamente incerto, giacchè questo vale come condizione (4), ovverò il testatore avesse semplicemente prescritto un tempo per l'adizione, nel qual caso l'osservanza di questo tempo costituisce del pari una condizione dell'acquisto (5). Per contrario nei legati e nelle altre disposizioni le determinazioni di tempo di ogni maniera sono perfettamente valide, ed è indifferente che

(76) L. 23. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 13. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 2. § 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(77) L. 12. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.) L. 8. pr. D. *de stip. praetor.* (46. 5.

(78) V. § 375.

(79) L. 54. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50. 17.)

(80) L. 98. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 14. § 3. D. *quando dies* (36. 2.)

(81) L. 81. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. § 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(1) L. 5. L. 41. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(2) § 9. J. *de her. inst.* (2. 14) L. 9. § 13. L. 34. D. *eod.* (28. 5.). Non si oppone L. 9. C. *eod.* (6. 24.), quando si paragoni con la L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.). V. Nota 13.

(3) § 9. J. cit. L. 34. L. 88. D. *eod.*

(4) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(5) L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.); Caj. II. 164-168.

sieno indicate nelle individuali disposizioni, o una sola volta per tutte sieno comprese in una clausola generale (6); e Giustiniano espressamente abolì l'antica regola dei Giureconsulti Romani, che anche ai legati non si potesse aggiugnere un termine finale, al sopravvenire del quale si dovessero restituire (7). Ma un termine di cominciamento non sospende, come la condizione, l'acquisto del legato, ma sibbene ne differisce solamente la domanda (8), quantunque i frutti e gli utili che son ritratti nell'intervallo anche qui appartengano al gravato (9). Il perchè non è mestieri che il legatario sopravviva al giungere del termine (10), salvo allorchè si tratti di un tempo interamente incerto che vale come una condizione (11), al quale qui deviando dalla regola, si è assomigliato anche il giorno della morte del gravato, che è incerto soltanto relativamente, se in questo tempo debbasi prestare il legato, perocchè in tal caso l'onorato dee sopravvivere a questo giorno (12), mentre poi il giorno della morte dell'onorato si riguarda come un semplice termine per l'adempimento del legato e non già come una condizione (13). Ma sebbene un legato non possa mai domandarsi prima del determinato *dies ex quo*, pure sta del tutto in potere del gravato di adempierlo prima (14), purchè il termine non sia stabilito precisamente a vantaggio dell'onorato, pel motivo che l'adempimento prima di un certo tempo gli riuscirebbe dannoso (15).

2.° Il *modus* per contrario si può aggiugnere tanto alle istituzioni di erede, quanto ai legati e ad altre disposizioni (16). Per verità non si richiede che il *modus* sia anticipatamente adempiuto, il che lo fa differire dalla condizione sospensiva, quantunque anch'esso talvolta si

(6) L. 30. L. 31. D. *de legat.* I. (30.)

(7) L. 26. C. *de legatis* (6. 37.). I *legum conditores* qui senza dubbio sono i Giureconsulti del tempo antico, *Dirksen* Contribuzioni n. 2. Confr. Cic. top. c. 4.; L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7).

(8) L. 21. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 9. D. *ut legator.* (36. 3.); Ulp. XVIV. 31.

(9) L. 45. L. 73. § 4. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(10) L. 5. pr. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 46. D. *ad Sct. Trebell.* (36. 1.)

(11) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 21. § 1. L. 22. pr. D. *quando dies* (26. 2.) L. 30. § 4. L. 49. pr. § 1-3. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. C. *quando dies* (6. 53.)

(12) L. 1. § 2. L. 79. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 4. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 12. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(13) L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 79. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(14) L. 1. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(15) L. 15. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 17. D. *de R. J.* (50. 17.)

(16) L. 50. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 17. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

addimandi *conditio* (17), e se il medesimo 1) è prescritto ad un onorato semplicemente a suo proprio beneficio, allora l'adempimento dipende assolutamente dalla sua libera volontà (18), il che segnatamente ha luogo anche nella così detta *adoptio per testamentum*, nell'ingiunzione cioè di prendere il nome del testatore, e però l'onorato quì non può esser costretto a mutare il nome (19). Ma 2) se il *modus* abbia qualche altro interesse, si può al certo adoperare il costringimento per l'esecuzione, ed in ciò si osservano i seguenti principii: A. se il *modus* si è imposto ad eredi, il magistrato può di ufficio costringerli all'adempimento, e se vi sono coeredi possono anch'essi intentare un'azione per l'adempimento (20). B. Del pari il magistrato può costringere gli schiavi manomessi per testamento ad adempire il *modus* che loro fu imposto (21). C. Se poi il *modus* sia aggiunto ad un legato, allora non solo gli eredi hanno facoltà di vigilare ed agire per l'adempimento, ma il gravato non è neppure tenuto a rilasciar prima il legato, finchè non gli sia prestata una sufficiente cauzione per l'adempimento del *modus* (22), e se l'onorato senza volontà del gravato abbia già conseguito l'oggetto legato, ma non abbia a tempo debito adempiuto il *modus*, il gravato può richiedere anche la restituzione di ciò che avrebbesi dovuto spendere per l'esecuzione del *modus* (23). D. Finalmente se il *modus* consiste nel dover dare qualche cosa ad un terzo, anche questi, secondo una disposizione di Gordiano, può sempre agire per la prestazione, come se questa gli fosse stata legata (24), mentre da prima ciò avea luogo soltanto per il divieto di alienare fatto a beneficio di terzi (25). L'impossibilità di eseguire l'incarico, o l'oscurità e non intelligibilità del medesimo libera naturalmente da ogni pretensione (26), e l'intenzione o volontà pronta ad eseguire, allorchè un altro dee cooperare ma non vuole, quì del pari che nelle condizioni, equivale sempre all'adem-

(17) L. 44. D. *de man. test.* (40. 4.). Non si oppone L. 1. C. *de his quae sub modo* (6. 45.)

(18) L. 71. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.)

(19) L. 63. § 10. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) V. § 97. Nota 59-61.

(20) L. 50. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. D. *de annuis legatis* (33. 1.) L. 18. § 2 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 5. C. *eod.* (3. 36.)

(21) L. 44. D. *de manum. test.* (40. 4.)

(22) L. 19. D. *de legat.* III. (32.) L. 40. § 5. L. 71. pr. L. 80. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(23) L. 17. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(24) L. 2. C. *de his quae sub modo* (6. 45.)

(25) L. 69. § 3. L. 77. § 27. D. *de legat.* II. 31.)

(26) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

pimento (27). E' singolare che secondo i Rescritti di Settimio ed Alessandro Severo i divieti di alienare fatti per testamento, ad un onorato a benefizio dei suoi successori, al tutore dell' onorato a benefizio di quest' ultimo, debbano render nulla l'alienazione, allorchè non sia necessario di farla per soddisfare i creditori (28).

3.° Non è mai necessario che s' indichino le cagioni *causae* delle disposizioni, e se ciò siasi fatto, non importa nulla se siano vere o false, imperocchè il testatore può a bella posta aver indicato una cagione falsa, purchè non sia dimostrato che il medesimo sia caduto in errore (29), o la causa non siasi espressamente allegata come condizione della disposizione (30).

III. Requisiti della dichiarazione di volontà:

1) *Generalità.*

§ 315. Non altrimenti che tutti gli affari giuridici, anche le disposizioni di ultima volontà debbono esser perfette (1), sebbene s'incontrino dei casi, nei quali almeno per un certo tempo si ebbe riguardo eziandio alle disposizioni imperfette (2). Secondo il dritto civile antico nei testamenti tutto dovea essere espresso *verbis imperativis* s. *directis* ed in latino (3), e le istituzioni di erede doveano assolutamente stare innanzi ad ogni altra disposizione (4). Quest' ultima cosa fu abolita primamente da Giusliniano con una costituzione che si è smarrita (5); ma la necessità delle parole di comando fu di già rigettata dai Proculiani per le nomine di tutori (6), e dopo che si prese per mezzo dei fedecommessi

(27) L. 1. C. *de his quae sub modo* (6. 45.) V. § 313. Nota 68.

(28) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.) L. 2. C. *de usucap. pro emptore* (7. 26.)

(29) Ulp. XXIV. 19.; L. 52. D. *de cond. ind.* (12. 6.) L. 1. § 8. D. *de dote praeleg.* (33. 4.) L. 17. § 2. L. 72. § 6. D. *de cond. et dem.* (35. 1). L. 1. C. *de falsa causa adjecta leg.* (6. 44.) V. § 325.

(30) L. 17. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) § 31. J. *de legatis* (2. 20.)

(1) § 7. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 3. L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)

(2) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) Confr. con Nov. Theod. II. tit. 16. § 7. L. 21. § 5. C. *de testam.* (6. 23.) e L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) L. 26. C. *eod.* (3. 26.) Confr. con Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3. V. anche L. 12. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(3) Caj. II. 116. 117.; Ulp. XXI. 1. XXIV. 1. XXV. 9. Nov. Theod. II. tit. 16. § 8.

(4) Caj. II. 229-231.; Ulp. I. 20. XXIV. 15.; Paul. S. R. III. 6. § 2.

(5) § 34. J. *de legatis* (2. 20.)

(6) Caj. II. 231. 289.

l'abitudine di badare generalmente più al contenuto che all'espressione della volontà, Costantino in generale dichiarò essere indifferente la maniera come il testatore si fosse espresso, purchè la sua intenzione fosse manifesta (7), pel qual modo nel tempo stesso si ammise di poter testare non solo in quella lingua che piacesse (8), ma eziandio per segni, il che prima solo pei fedecommessi potea aver luogo (9), e per tal ragione Giustiniano permise di poi anche ai muti di poter fare testamento (10). Fu poi sempre permesso di servirsi in vece dei nomi delle persone o delle cose, di altre indicazioni *demonstrationes* (11). Soltanto, se l'onorato fosse stato semplicemente indicato per via di una dimostrazione ingiuriosa, la disposizione che lo riguardava era nulla (12). Generalmente poi il testatore deve esso medesimo determinare ciò che egli vuole, e non può commettere il contenuto della sua disposizione alla determinazione di un altro (13), anzi neppure far dipendere direttamente dall'arbitrio di un altro l'esistenza di una disposizione (14), sebbene ciò possa indirettamente avvenire, allorchè egli aggiunge come condizione un fatto che dipenda dalla volontà di alcuno (15). Intanto qneste regole patiscono parecchie eccezioni principalmente nei legati. Imperocchè 1) si può rimettere all'arbitrio di nn terzo il decidere se un legato debbasi dare o no, almeno tale era l'opinione di Ulpiano (16); 2) inoltre l'istituzione di un legato si può sempre subordinare alla discrezione

(7) Eusebii Vita Constantini IV. 26.; L. 15. C. *de testam.* (6. 23.) L. 21. C. *de legatis* (6. 37.) § 2. J. *eod.* (2. 20.)

(8) 8. Nov. Theod. II. tit. 16. § 8. L. 21. § 6. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. con L. 11. pr. D. *de legat.* III. (32.) Dalla L. 20. § 9. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) non segue che ciò fosse già prima ammesso; imperocchè in questa legge si è potuto intendere del caso in cui soltanto i testimoni non sapeano di latino. Nondimeno una scrittura In cifre non è mai ammessa L. 6. § 2. D. *de bon. poss.* (37. 1.)

(9) L. 21. pr, D. *de legat.* III. (32.) L. 22. C. *de fideicomm.* (6. 23.)

(10) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) L. 29. C. *de testam.* (6. 23.) V. § 317 Nota 22. e 23.

(11) L. 17. pr. § 1. L. 34. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 9. § 8. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 6. D. *de reb. cred.* (12. 1.); Ulp. XXIV. 18. 19.; *J. Averranii* interp. V. 13-24. Non si oppone L. 5. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(12) L. 9. § 8. L. 48. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 54. pr. D. *de legat.* I. (30).

(13) L. 32. D. *de her. inst.* (28. 5.) *Schrader* tratt. del dritto civ. parte I. n. 3.; *Neustetel* nell' Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 7.

(14) L. 68. D. *eod.* L. 52. D. *de cond. et dem.* (35. 1.). Non si oppone L. 11. § 5. D. *de legat.* III. (32.)

(15) L. 68. D. cit. L. 52. D. cit.

(16) L. 43. § 2. D. *de legat.* I. 30.) L. 1. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 16. § 2. D.

di alcuno, anche dello stesso gravato, *arbitrium boni viri* (17); e tanto più 3) l'ammontare e l'esecuzione del medesimo (18). 4) Per rispetto al tempo dell'adempimento di un legato è anche lecito di rimetterlo all'arbitrio del gravato (19), nel qual caso il legato non diviene esigibile che alla sua morte (20). 5) E' anche sempre permesso di concedere ad altri un dritto di scelta fra più legati, fra più onorati, o fra più oggetti di un legato (21). 6) Finalmente il testatore può sempre lasciare all'arbitrio dell'onorato l'accettazione della disposizione, anche nel caso che questi non potrebbe altramente rinunciare (22), da ciò però segue anche l' effetto che la dichiarazione dell' accettazione diviene una condizione dell'acquisto (23). D'altra parte è indifferente se nelle disposizioni scritte il testatore medesimo le scriva, o le faccia scrivere da un altro. Questa differenza solamente ha qualche influenza sulle formalità da osservarsi (24); e di più colui che scrive in vece del testatore non può scriver nulla a vantaggio suo proprio, o di coloro che sono a lui congiunti mediante la *potestas* (25). Per effetto del Senatoconsulto Liboniano sotto Tiberio an. di R. 769. (16. dopo Cr.) (26) cotali disposizioni eran riguardate come falsamente inserite contro la volontà del testatore, e però non solamente eran nulle (27), ma lo scritto-

de fideic. lib. (40. 5.). Ulpiano trova indifferente se alcuno ponga per condizione un' azione volontaria di un terzo, ovvero ponga direttamente il legato nell' arbitrio di costui; ma egli è solo in quest' opinione, e per esser conseguente avrebbe dovuto argomentare nello stesso modo per le istituzioni di erede, il che nondimeno nella L. 68. D. *de her. inst.* (28. 5.) egli non fa.

(17) L. 75. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 46. pr. § 3. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.)

(18) L. 1. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 43. D. *de legat.* III. (32.) L. 14. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 6. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(19) L. 46. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(20) L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de legat.* III. (32.) Confr. § 221. Nota 4.

(21) L. 71. pr. L. 110. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 1. L. 16. L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 46. § 5. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 3. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(22) L. 86. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(23) L. 65. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 69. D. *de cond. et dem* (35. 1.) L. 46. § 1. D. *de fideic. lib.* (40. 5.)

(24) V. § 320.

(25) L. 4. L. 10. L. 11. L. 14. pr. § 1. L. 18. pr. L. 22. § 2. D. *ad leg. Corn. de fals. et de Sct. Libon.* (48. 10.)

(26) La mia St. § 101. Nota 6.

(27) L. 1. L. 5. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 4. L. 10. L. 11. L. 14. § 1. 2. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. L. 4. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.) L. 29. D. *de test. tut.* (26. 2.)

re come falsario incorreva eziandio nella pena della *lex Cornelia de falsis* (28). Nondimeno pare che questo Senatoconsulto abbia riguardato soltanto le istituzioni di erede, o abbia solamente punito la falsità dolosamente commessa (29); imperocchè un Editto di Claudio espressamente lo estese nel senso che ognuno, il quale scriva per se un legato, debba esser punito secondo la *lex Cornelia* (30), il che fu ripetuto da un Senatoconsulto sotto Nerone (31). Facevasi intanto eccezione quando il testatore di propria mano avesse scritto la sua approvazione (32), o quando lo scrittore fosse il più prossimo erede *ab intestato* del testatore (33), e per lo meno cessava la pena, quando un soldato che avea scritta la disposizione, avesse ignorata questa legge (34), o uno schiavo del testatore avesse scritto per suo comando (35). Non è poi affatto invalido ciò che lo scrittore del testamento abbia scritto a suo danno (36).

2) Per rispetto alla disposizione.

§ 316. Una moltitudine di regole particolari riguarda l'indicazione dell'onorato e dell'oggetto della disposizione. In generale per questo non si richiede propriamente una dichiarazione esplicita, ma basta che anche implicitamente si dichiari se, come, ed in qual misura alcuno debba essere onorato (1), purchè si possa sicuramente conoscere ciò che si è voluto (2). Per verità finchè furono in voga gli antichi principii sulla dichiarazione di volontà nei testamenti (3), per le istituzioni di erede, pei legati, e per le nomine di tutori non poteva che in grado molto

(28) L. 1. § 7. L. 5. L. 6. pr. § 1. 2. 3. L. 9. § 3. L. 10. L. 11. L. 14. § 2. L. 15. pr. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. L. 4. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(29) Per quest' ultima idea si può argomentare dalla Collat. VIII. 7.

(30) L. 15. pr. L. 14. § 2. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 3. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(31) Sueton. in Nerone c. 17. Per conseguenza anche la L. 10. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) parla in plurale di Senatoconsulti sopra quest' oggetto.

(32) L. 15. § 1. D. *eod.* L. 2. C. *de his qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(33) L. 15. § 5. D. *eod.* L. 1. C. *eod.*

(34) L. 5. C. *eod.* Confr. con L. 15. pr. D. *eod.*

(35) L. 15. § 2. 3. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*

(36) L. 8. § 6. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(1) *Crell* de legato tacito et implicito in diss. et progr. Halae 1775-84. 8. Fasc. VII. n. 54.; *Voet* c.mm. ad Pand. XXVIII. 5. § 12-20.

(2) V. § 329.

(3) V. § 315. Nota 3. e 4.

ristretto parlarsi di una semplice manifestazione della volontà del testatore (4); ma secondo il dritto nuovo in tutte le specie di disposizioni viene ammessa quella libertà, che per questo rapporto nei fedecommessi da principio fu introdotta. Nondimeno qui si debbono tuttavia prendere in considerazione i seguenti principii particolari: 1) Se l'indicazione dell'onorato può riferirsi egualmente a molti, senza che si sappia di quale di costoro si sia inteso ragionare, niuno può ottenere nulla (5), e lo stesso è quando in luogo di colui, che s'intendea, per inavvedutezza se n'è nominato un altro (6). 2) Se una disposizione mediatamente e per modo di conseguenza sia di utile a più persone, ciò non ostante non si ritiene come onorato se non colui, per cagione del quale ed a beneficio del quale la disposizione fu fatta (7); ma se la disposizione è fatta per tornare a vantaggio di più, tutti quanti son da riguardare come onorati (8). Per conseguenza di ciò anche Gordiano determinò che un *modus* imposto all'onorato per vantaggio di un terzo contenga nel tempo stesso una disposizione rispetto a questo terzo, il che da prima non era ammesso (9). Per contrario nelle condizioni non si scorge veruna disposizione a vantaggio di alcuno (10), per la qual cosa A. allorchè ad un onorato non si è imposto di prestar qualche cosa ad alcuno, ma della detta prestazione si è fatta invece una condizione per poter succedere, in ciò non vi è una disposizione a favore del terzo (11), sebbene ciò che si da per l'adempimento di questa condizione, *quod implendae conditionis causa datur* possa per alcuni rapporti assomigliarsi ad un legato (12), e B. quando alcuno è onorato solo pel caso che non siavi un altro, que-

(4) Ci offrono degli esempii le L. 1. § 4. 5. *de her. inst.* (28. 5.) L. 69. § 3. L. 77. § 27. D. *de legat.* II. (31.)

(5) L. 62. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 28. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 31. D. *de manum. test.* (40. 4.)

(6) L. 9. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(7) L. 8. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.) L. 69. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 20-22. D. *de legat.* III. (32.) L. 3. § 4. 5. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)

(8) L. 3. § 4. 5. D. cit.

(9) L. 2. C. *de his quae sub modo* (6. 45.) V. § 314. Nota 23.

(10) Sopra la falsa regola che il Bartolo ed altri antichi pratici deducevano specialmente dalla L. 8. D. *de dotis collat.* (37. 7.): *Conditionalia sunt etiam in dispositione* veggasi *A. Faber* conject. jur. civ. XVII. 17.

(11) L. 8. D. *si quis omissà causa test.* (29. 4.) L. 55. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 19. § 1. L. 24. § 1. V. *quando dies* (36. 1.) L. 8. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(12) V. § 372. Nota 45.

st' ultimo non si riguarda come onorato in primo luogo, *positus in conditione non est institutus* (13), eccetto pei legati sotto la condizione che il gravato non lasci figliuoli, nel qual caso i figliuoli esistenti alla morte del medesimo possono ritenere la cosa legata (14). 3) Sopra il modo come si avesse a trattare il caso che più persone fossero alternativamente onorate ed a niuno ne fosse affidata la scelta, erano i Giureconsulti Romani molto divisi di opinione. Ma Giustiniano decise che allora i nominati alternativamente dovessero concorrere a porzioni eguali (15). S'intende poi di per sè che quando più persone sono state insieme onorate, queste concorrono con egual dritto e per conseguenza ottengono porzioni eguali, senza esser mestieri che ciò sia espresso (16). Nondimeno il testatore può prescrivere un'altra partizione (17), ovvero pei legati può determinare che ciascuno debba avere l' intero legato (18), e se da prima ad uno soltanto sia lasciata l' eredità o un legato, e di poi se ne lasci ad un altro una determinata porzione, il primo, secondo la decisione di Giustiniano, non ottiene se non ciò che rimane (19). 4) Se sia stato onorato un complesso di persone, la disposizione torna a benefizio di tutti coloro, che alla morte del testatore si trovano appartenere a questo complesso, sebbene non vi appartenesero ancora al tempo che il testamento fu fatto (20). Solo però sono da eccettuare coloro, che il testatore, sebbene per errore, abbia creduti inesistenti (21). Se per contrario un onorato sia stato indicato per mezzo di una qua-

(13) L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) *A. Faber* de error. Pragm. XXVI. 1.

(14) L. 85. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 77. § 13. D. *de legat.* II. (31.) L. 17. § 5. 8. L. 57. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 6. C. *de inst. et subst.* (6. 25. *Franz Mantica* de conject. ult. vol. XI. 2.; *Heisler* diss. de liberis positis in condit. in exerc. acad. Halae 1776. 4. n. 5. Ora senza dubbio si riguarderebbe come istituzione dei figliuoli, se il testatore avesse detto: se io morirò senza figliuoli, allora X sarà mio erede, sebbene la L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) sia contraria, ma solo per cagione dell'antica regola, che i figliuoli doveano nominatamente essere istituiti o diseredati, altrimenti il testamento era nullo (§ 347.). In generale sarebbe conforme allo spirito del nuovo dritto di riguardare il *positus in conditione* come onorato in primo luogo.

(15) L. 4. C. *de verb. signifi.* (6. 38.)

(16) L. 9. § 12. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 33. D. *de legat.* I. (30.) L. 80. D. *de legat.* III. (32.)

(17) L. 13. L. 17. § 1. 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 13. C. *eod.* (6. 24.)

(18) L. 33. D. *de legat.* I. (30.) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(19) L. 23. C. *de legatis* (6. 37.)

(20) L. 20. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 17. § 1. L. 32. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. D. *de test. tut.* (26. 2.). Qui si riferivano anche presso i Romani i legati a favore delle tribù o della plebe, i quali erano distribuiti fra le persone individuali. *Tacit.* Ann. I. 8.; *Sueton.* in Octav. c. 101. in Tiber. c. 76.

(21) Arg. L. 16. § 3. 4. D. *eod.* L. 25. pr. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

lità o rapporto (22), nel quale alla morte del testatore si trovi una persona diversa da quella che al tempo in cui fecesi il testamento vi si trovava, allora nel dubbio la disposizione si riferisce solo a colui che al tempo in cui il testamento fu fatto trovavasi nel rapporto indicato, il che patisce solo eccezione per le disposizioni fatte a favore del Sovrano o di un impiegato (23). 5) Il testatore può validamente riserbare ai codicilli futuri un' indicazione e delle determinazioni più esatte per rapporto ad una disposizione, ed allora se in questi non si troveranno siffatte determinazioni suppletorie, è da vedere se la disposizione, anche senza le medesime, abbia o non abbia un tal senso che si possa eseguire (24). Non per tanto il nome dell'erede, la cui indicazione da prima potea riserbarsi eziandio ad un codicillo (25), secondo il prescritto di Giustiniano, deve assolutamente contenersi nel testamento (26). 6) Secondo l'antico dritto Romano la disposizione fatta a favore di persone incerte era invalida (27). Cioè, sebbene il testatore non abbia mestieri di conoscer personalmente l'onorato (28), nondimeno secondo l'idea primitiva ogni disposizione dovea essere o almeno poter essere una pruova speciale di benevolenza o di fiducia, il che non si può intendere nel caso che il testatore non conosce chi egli propriamente onori (29). Si riteneva poi come disposizione a favore di persone incerte A. principalmente se l'onorato era indicato per modo che non si potea prevedere su di chi l'indicazione potrebbe trovare applicazione (30), soltanto

(22) P. es. la moglie del testatore, il Sindaco del Comune, il Sovrano etc.

(23) L. 56. L. 57. D. *de legat.* II. (31.) L. 47. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 89. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.); *Voet* l. c. XXVIII. 5. § 14. Non si oppone L. 5. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(24) L. 36. L. 77. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 10. pr. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 38. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(25) L. 77. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(26) L. 29. D. *de testam.* (6. 23.). Per questo passo manifestamente la L. 77. D. cit. fu mutata, al che generalmente non si bada; imperocchè si parla tuttavia dei così detti testamenti mistici come ancora permessi.

(27) Caj. II. 238-242.; Ulp. XXII. 4-6.; Paul. S. R. III. 6. § 13.; L. 9. § 9. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 20. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.) § 25-28. J. *de legat.* (2. 20.); Theoph. ad h. l.

(28) L. 46. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 11. C. *eod.* (6. 24.) § 12. J. *eod.* (2. 14.) § 10. J. *de excus. tut.* (1. 25.)

(29) Questa limitazione non si applicava a ciò che doveasi dare dall' onorato semplicemente *conditionis implendae causa* L. 4. D. *de reb. dub.* (34. 5.), imperocchè qui non si presuppone la benevolenza verso colui che riceve.

(30) Caj. II. 238.

eccettuavasi il caso che l'indicazione non potesse cadere che sopra uno di più individui determinati, *institutio personae incertae sub demonstratione certa* (31), al che apparteneva eziandio il caso di una scelta lasciata a fare tra più onorati (32), imperocchè qui poteasi immaginare una benevolenza del testatore estesa a tutti questi individui. B. Inoltre riguardavasi anche come una disposizione a favore di persone incerte quando alcuno gratificava non già i suoi proprii figliuoli futuri *posthumos suos*, pei quali è ben naturale la benevolenza, ma i figliuoli futuri di altre persone, *posthumos alienos* (33) e C. da ultimo anche il caso che un testatore onorasse una corporazione, *universitas personarum*, imperocchè il possibile cangiamento delle persone rendeva incerto a quali individui dovesse in fine l'istituzione tornare a beneficio (34). Intanto l'invalidità delle disposizioni a vantaggio di persone incerte da principio non riguardava i fedecommessi, finchè un Senatoconsulto sotto Adriano assoggettò anch'essi sotto questo rapporto alla regola generale (35). Ma questa regola a poco a poco venne messa da banda. Da prima l'Editto del Pretore promise ai postumi alieni istituiti eredi la *bonorum possessio secundum Tabulas* (36). Di poi parte per costituzioni Imperiali, parte per Senatoconsulti furon permesse le disposizioni a favore di corporazioni (37). La prima fu senza dubbio una costituzione di Nerva, che riconobbe come validi i legati fatti ai Comuni, su di che diede delle disposizioni più particolari un Senatoconsulto sotto Adriano, probabilmente quel medesimo, che assoggettò i fedecommessi ai principii sulle disposizioni a vantaggio di persone incerte (38). Un Rescritto di Antonino Pio estese ciò ai legati fatti ai villaggi (39), ed

(31) Caj. l. c.; Ulp. XXIV. 18. L. 9. § 10. 11. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 11. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.) § 25. J. *de legatis* (2. 20.)

(32) L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 46. § 5. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.)

(33) Caj. II. 241. 242. 287.; § 26. J. *de legat.* (2. 20.)

(34) Ulp. XXII. 5.

(35) Caj. II. 287.; Ulp. XXV. 13.

(36) L. 3. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) § 28. J. *de legat.* (2. 20.) pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(37) *Dirksen* tratt. civ. vol. II. p. 128. seg.

(38) Ulp. XXIV. 28. Confr. L. 117. D. *de legat.* I. (30.) L. 16. L. 17. D. *de usufr. leg.* (33. 2.) L. 2. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 12. C. *de her. inst.* (6. 24.). Intanto la costituzione di Nerva è da riguardarsi semplicemente come la prima ricognizione legale, imperocchè anche prima s'incontrano esempii di legati in favore dei municipii, segnatamente sotto Tiberio e Claudio: Sueton. in Tiber. c. 37. Plin. Epist. X. 75.

(39) L. 73. § 1. D. *de legat.* I. (30.) V. Nota 35.

un Senatoconsulto sotto Marco Aurelio ai legati fatti a corporazioni di ogni maniera (40). Per un Senatoconsulto Aproniano sotto Adriano fu inoltre permesso di dare ai Comuni delle Città dei fedecommessi universali, ed anche a questi fedecommessi fu applicato il *Sctum Trebellianum* (41). Forse questo fu il medesimo Senatoconsulto, che conteneva eziandio le due altre menzionate disposizioni, del tempo di Adriano; ma diverso da questo e ben più recente fu un altro Senatoconsulto non ben conosciuto, dal quale fu permesso ai liberti delle Città di istituir queste per eredi (42); ma da qui provenne ben presto l'opinione che in generale ogni corporazione e da ognuno potesse essere istituita erede. (43). Anzi l'Editto del Pretore stabilì eziandio il principio che la *bonorum possessio secundum Tabulas* debba ritenersi come accettata da parte delle corporazioni istituite, quantunque niuno ne abbia fatta la domanda (44). Da Costantino furono complessivamente riconosciute come capaci di succedere anche le associazioni o Comunità Ecclesiastiche (45). E al tempo dei posteriori Imperadori Cristiani si andò anche più innanzi, imperocchè si riguardò come valida la disposizione fatta a favore dei poveri, o dei prigioni di qualche luogo, il che primamente Valentiniano III. approvò per rispetto ai legati lasciati a' poveri (46), e Marziano poi in aggiunta permise ai testatori di stato Ecclesiastico anche di istituire i poveri ad eredi (47); di poi Leone ed Antemio del pari confermarono i legati a favore dei prigioni (48), e finalmente Giustiniano permise in generale l'istituzione dei poveri e dei prigioni, con l'aggiunta che quando fossero stati onorati i poveri o prigioni senza in-

(40) L. 21. D. *de reb. dub.* (34. 5.) Confr. L. 8. C. *de her. inst.* (6.24.)

(41) L. 26. L. 27. pr. L. 57. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. un. § 1. D. *de lib. univers.* (38. 3.)

(42) Ulp. XXII. 5. L. un. § 1. D. cit.

(43) L. 66. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 1. § 15. L. 6. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 12. C. *de her. inst.* (6. 24.) Se Plin. Epist. V. 7. dice il contrario, da ciò naturalmente non si può trarre nulla in contrario, giacchè egli scriveva sotto Trajano. Ma l'esempio menzionato da Tacit. Ann. IV. 43. della istituzione della Città di Marsiglia da parte di un esule Romano sotto Tiberio, neppure pruova che le Città potessero prima essere istituite eredi; imperocchè questo caso non cadeva certamente sotto il dritto Romano, essendo Marsiglia una *Civitas libera.*

(44) L. 3. § 4. D. *de bon. poss.* (37. 1.). Verisimilmente questo accadde per effetto del Senatoconsulto menzionato nella Nota 42.; imperocchè l'Editto non può essere più recente di Adriano; V. la mia St. § 111.

(45) L. 1. C. *de sacrosanctis eccles.* (1.2.)

(46) L. 24. C. *de episc. et cler.* (1. 3.)

(47) Nov. Martiani tit. V. 52.

(48) L. 28. pr. C. *eod.*

dicazione del luogo, questo s' intendesse esser quello del domicilio del testatore (49). Un'altra indiretta estensione delle disposizioni a favore di persone incerte sta anche nel divieto introdotto da Antonino Pio di richiedere indietro l legati invalidi, dopo che per errore di dritto fossero stati sodisfatti (50). Ma infine Giustiniano dichiarò in generale esser valide le disposizioni a favore di persone incerte, colla sola eccezione che un tutore nominato debba assolutamente essere una persona determinata (51).

IV. Capacità di fare un atto di ultima volontà.

§ 317. Non tutti possono validamente fare delle disposizioni di ultima volontà, e certamente per questo rapporto valgono eguali principii per le disposizioni di ultima volontà di ogni maniera (1). La capacità di far queste disposizioni vien detta *testamenti factio* in senso stretto (2), mentre in un senso più ampio s' intende per essa il dritto di esser trattato negli affari dell' eredità, secondo il dritto Romano (3), dal che è manifesto come la *testamenti factio* in quel senso può esser negata a persone, alle quali compete la *testamenti factio* in quest' ultimo senso (4). Sono poi incapaci:

1.° Tutti coloro, ai quali manca il *jus testamenti factionis* nel significato più ampio (5), e siccome i Romani concedevano questo dritto oltre ai cittadini di Roma ai Latini soltanto, così per questa ragione sono, o erano da prima esclusi dal testare 1) i peregrini propriamente det-

(49) L. 49. C. *eod.* Nov. 131. c. 11.

(50) § 25. J. *de legatis* (2. 20.) V. § 278. Nota 43.

(51) La disposizione di Giustiniano intorno a ciò non esiste più, imperocchè la L. un. C. *de incertis personis*, (6. 48.) non è che un sunto difettoso che ci ha conservato il *Photii Nomocanon* tit. 2. cap. 1., e quindi è da annoverarsi tra le *leges restitutae*; ma il contenuto viene indicato nel § 27. 28. J. *de legatis* (2. 20.) pr. J. *de bon. poss.* (3. 9.); Theoph. ad h. l. Confr. *Strauch* ad Const. deperditam de personis incertis. Jenae 1671. 1714. 4.; *Bau* Hist. jur. civ. de person. incert. ex testamento heredibus. Lipsia 1784. 4.; *Witte le leges restitutae* del codice di Giustiniano. Breslau 1830. p. 200. seg.

(1) L. 6. § 3. L. 8. § 2. D. *de codicill.* (29. 7.) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(2) L. 18. pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 8. § 2. D. *de codicill.* (29. 7.). I moderni sogliono chiamare *testamenti factio activa* la capacità di testare; e *testamenti factio passiva* la capacità di essere istituito erede.

(3) La mia St. § 5. Nota 5.

(4) L. 16. L. 18. pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) § 4. J. *de her. qual. et differ.* (2. 19.)

(5) Caj. II. 114. L. 4. D. *eod.*

ti, (6) compresi gli ostaggi, la cui successione ricadeva al Tesoro dello Stato, quando non si fosse data loro una speciale facoltà di fare un testamento (7), ed era del resto indifferente se i peregrini fossero sudditi dello Stato, o veri stranieri, e se secondo il dritto particolare della loro Patria potessero testare o no (8); 2) Quelli che per effetto dell'esilio, *interdictio aquae et ignis*, o della deportazione, *deportatio in Insulam vel oasin* aveano perduto la Cittadinanza (9), il che nondimeno non è da estendersi ai semplici relegati (10); 3) Quei tali libertini, i quali secondo la *lex Aelia Sentia* divenivano soltanto *dedititii*, sebbene da principio vi fosse controversia intorno a ciò (11), il che però non ebbe più importanza, giacchè Giustiniano abolì la classe dei *dedititii* (12); 4) Gli schiavi (13) e per conseguente anche quei che si trovavano prigioni in potere del nemico (14). Nondimeno nel dritto antico s'incontra l'eccezione che i *servi publici* potessero per disposizione di ultima volontà disporre della metà del loro peculio (15); mentre dall'altro lato eravi l'importante estensione che anche i *servi poenae*, cioè quei che per sentenza passata in giudicato erano stati condannati a morte, a combattere con le fiere, ed ai lavori nelle mine non potessero testare (16), ma questo per l'abolizione della *servitus poenae* fu tralasciato da Giustiniano (17).

2.° Tutti coloro, i quali son privi delle qualità fisiche necessarie a

(6) Caj. I. 25.

(7) L. 11. D. *eod.* L. 31. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(8) Ulp. XX. 14.

(9) L. 8. § 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 7. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. § 2-5. D. *de legat.* III. (32.) L. 5. § 3. D. *de extraord. cogn.* (50. 13.) L. 2. C. *de bon. proscript.* (4. 49.)

(10 L. 8. § 3. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 7. § 3. D. *de interd. et releg.* (48. 22.) Paul. S. R. III. 4. A. § 9.

(11) Caj. I. 25. III. 75.; Ulp. XX. 14. XXII. 2. Confr. la mia St. § 8. Nota 5.

(12) L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (7. 5.) Confr. la mia St. § 131. Nota 2.

(13) § 4. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 16. L. 19. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) Cic. top. c. 4. Se in questi passi vien riconosciuta anche la *testamenti factio* degli schiavi, ciò vuol dir soltanto che essi possono essere istituiti eredi. Veggasi il § 318. Nota 7. seg.

(14) § 5. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 8. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 10. D. *de test. mil.* (29. 1.); Paul. S. R. III. 4. A. § 8. L. 12. § 5. D. *de captivis* (49. 15.)

(15) Ulp. XX. 16. nulla di ciò trovasi nel dritto di Giustiniano.

(16) L. 8. § 4. L. 9. L. 13. § 2. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 6. 8. D. *de injusto* (28. 3.)

(17) Nov. 22. c. 8.; *Wachter* nell'Arch. per la prat. civ. vol. XVII. n. 14.

testare, segnalamente; 1) i pazzi, eccetto nei lucidi intervalli (18), 2) I prodighi che a costoro sono assomigliati (19), 3) Quelli, il cui libero uso di ragione al tempo che voglion testare o per morbo, o per altre cagioni è venuto meno (20), e 4) I sordi-muti dalla nascita (21). Da prima in generale tutt' i sordi e muti, quando non fosser divenuti tali essendo soldati, avean mestieri di un privilegio speciale per testare (22); ma Giustiniano restrinse ciò ai sordi muti fin dalla nascita (23); e le altre infermità o difetti qui non sono di nocumento (24); salvo che non fosse sopravvenuto un tal malore o debolezza, che il testatore non fosse in istato di farsi comprendere per via di parole o di segni (25).

3.° Gl'impuberi (26), con una sola eccezione di poco momento ed anche abolita da Giustiniano (27), mentre al contrario i minori non hanno neppur mestieri del consenso del curatore (28).

4.° Coloro che stanno sotto la potestà di un altro (29), pei quali solo il possesso di un peculio castrense o quasi castrense produce una eccezione (30), ma non già anche il possesso di un così detto peculio avventizio, quando anche fosse straordinario (31).

5.° Coloro, ai quali per ragioni speciali siasi positivamente tolta la

(18) § 1. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.); Ulp. XX. 13.; Paul. S. R. III. 4. A. § 5. L. 16. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 27. D. *de cond. inst.* (28. 7.) L. 2. § 3. D. *de jure cod.* (29. 7.) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(19) § 2. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Ulp. l. c.; Paul. l. c. § 7. 12.

(20) L. 2. L. 17. D. *eod.* L. 48. D. *de R. J.* (50. 17.)

(21) § 3. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(22) Ulp. l. c.; L. 6. § 1. L. 7. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) Confr. con L. 4. D. *de test. mil.* (29. 1.) § 2. J. *eod.* (2. 11.)

(23) L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(24) § J. *quib. non permitt. fac. test.* (2. 12.) L. 2. L. 10. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 3; L. 5. C. *eod.* (6. 22.); Paul. III. 4. A. § 2.

(25) L. 29. C. *de testam.* (6. 23.)

(29) L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 4. C. *eod.* (6. 22.) § 1. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.); Caj. II. 113.; Ulp. XX. 12. 15.; Paul. III. 4. A. § 1.; Cic. top. c. 4.

(27) L. 18. C. *de test. mil.* (6. 21.) V. § 322. Nota 29.

(28) L. 20. § 1. D. *de liber. leg.* (34. 3.)

(29) Pr. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 6. pr. L. 16 pr. L. 19. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Ulp. XX. 10.

(30) Ulp. l. c. § 6. J. *de test. mil.* (2. 11.) pr. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. D. *de stip. serv.* (45. 3.) L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 11. L. 12. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(31) L. 11. C. *eod.* L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

capacità di testare. Le disposizioni del dritto civile antico che qui si riferiscono sono: 1) che gli intestabili in generale non potevano testare (32), come pure 2) che le donne, finchè fu in voga la tutela perpetua sulle medesime, non potevano testare se non coll'assistenza del loro tutore, e se questi non era un semplice *fiduciarius tutor* nol potevano neppure contro la volontà del medesimo (33), la quale ultima cosa nondimeno fu cambiata da un Senatoconsulto sotto Adriano (34). 3) Per la lex *Junia Norbana* fu anche vietato di testare ai *Latini Juniani* (35), il che si mantenne in fino a che Giustiniano abolì la classe dei *Latini Juniani* (36). 4) Al tempo del Cristianesimo furono inoltre esclusi dal testare gli apostati (37), e 5) del pari gli eretici, da prima veramente soltanto i Manichei (38), ma più tardi anche gli altri, almeno in quanto che non potevano disporre che a favore soltanto degli ortodossi (39). 6) Arcadio ed Onorio tolsero a coloro che avesser contratto un matrimonio incestuoso il dritto di poter disporre per testamento a favore di altri che dei proprii eredi legittimi (40), e Giustiniano infine 7) tolse anche interamente il dritto di testare ai monaci ed alle monache (41). Una notevole limitazione se non introdotta, almeno espressamente riconosciuta da Antonino Pio, è che colui il quale ha veramente uno stato che lo rende capace di testare, ma nondimeno nol conosce con precisione, equivale ad un incapace (42), il che però come un principio singolare di dritto non è da estendersi agli altri casi d'incertezza

(32) L. 18. § 2. L. 26. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.); Theoph. II. 10. § 6.; Schol. ad Horat. serm. II. 3. v. 181.

(33) Liv. XXXIX. 9.; Caj. I. 115. 192. II. 112. 118. 122. III. 43. 44.; Ulp. XX. 15. XXIX. 3.; *Boethius* ad top. Cic. lib. II. ad c. 4. Siccome le Vestali fin dall'antichità furono libere dalla *tutela mulierum* (§ 133. Nota 6.), così questa limitazione non ebbe luogo per esse Gell. I. 12.; Plutarch. in Numa c. 11.

(34) Caj. I. 115. Confr. § 135. Nota 18.

(35) Caj. I. 23. III. 75.; Ulp XX. 14.

(36) L. un. pr. § 12. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(37) L. 1-4. C. *de apost.* (1. 7.) L. 1. 3. 4. 6. 7. C. Th. *eod.* (16. 7.)

(38) L. 4. § 2. 5. C. *de haeret.* (1. 5.) L. 7. L. 9. C. Th. *eod.* (16. 5.)

(39) L. 17. 18. 19. 22. C. *eod.* Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 8.

(40) L. 6. C. *de incest. nupt.* (5. 5.). Ciò non fu tralasciato dal perchè Giustiniano impose la confisca del patrimonio ai matrimonii incestuosi Nov. 12. c. 1. 2., giacchè la confisca non esclude l'acquisto di un nuovo patrimonio.

(41) Nov. 5. c. 5. Nov. 76. c. 1. Nov. 123. c. 38. Da principio ciò era diversamente; L. 13. C. *de sacros. eccles.* (1. 2.)

(42) Ulp. XX. 11.; L. 14. L. 15. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. § 8. D. *de injusto* (28. 3.) L. 11. § 1. 2. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 9. D. *de jure cod.* (29. 7.)

sulla capacità di testare (43). Del rimanente se per un privilegio speciale sia ad un incapace conceduto di testare, ciò non lo dispensa dagli altri requisiti e dalle altre restrizioni delle disposizioni di ultima volontà e segnatamente dalla necessità di aver considerazione per gli eredi legittimarii (44).

V. Capacità di essere onorato o di ricevere.

§. 318. In quello stesso modo che non tutti possono testare, neppur tutti possono essere onorati, e non giova neppure che alcuno istituisca un inabile solo condizionatamente pel caso di una futura capacità (1), giacchè la capacità si dee trovare al tempo che si fa la disposizione di ultima volontà (2). In questa materia per le istituzioni di erede, pei legati, e per le nomine di tutori generalmente valsero sempre principii eguali (3), mentre per rispetto ai fedecommessi non ebbe luogo alcuna restrizione (4), finchè un Senatoconsulto sotto Adriano, probabilmente il *Sctum Apronianum* sottopose in parte anche questi alle regole medesime (5). Certamente la capacità di ottener fedecommessi era data tuttavia ad alcuni, che non avrebber potuto altramente essere onorati (6); ma in processo di tempo cessarono parimenti queste eccezioni, e dopo che i legati e i fedecommessi furono da Giustiniano agguagliati non si può più ragionare di alcuna differenza sotto questo rapporto. In apparenza è molto strano che gli schiavi possano essere onorati, tanto che vien loro anche attribuita per questo riguardo la *testamenti factio* (7). Imperocchè solo la istituzione di uno schiavo punito per cagione di adulterio fatta dalla donna, colla quale egli ebbe commercio, fu vietata da Settimio Severo (8), e l'istituzione di uno schiavo non maggiore di trent'anni, da un Senatoconsulto ignoto (9). Ma allorchè uno schia-

(43) P. es. quando il testatore non sapeva di certo se egli fosse di già pubere, ma sia provato che egli era effettivamente tale.

(44) L. 35. pr. C. *de inoff. test.* (6. 28.)

(1) Non si oppongono L. 62. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 51. D. *de legat.* I. (30.) le quali parlano soltanto di *personae incapaces.*

(2) L. 49. § 1. D *de her. inst.* (28. 5.) L. 210. D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) Caj. II. 238-243. 272. 274-276. 285. 286.; § 24. J. *de legat.* (2. 20.); Ulp. XI. 16. L. 21. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 7. C. *qui dare tut.* (5. 34.)

(4) Caj. II. 272. 274-276. 285. 286.

(5) Caj. II. 287.; Ulp. XXV. 6. 13. V. sopra § 312.

(6) Ulp. XXV. 7.

(7) L. 16. pr. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.). Nondimeno ciò non si applicava ai *servi poenae.* V. § 317. Nota 16.

(8) Pr. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 48. § 2. D. *eod.* (28. 5.)

(9) Caj. II. 276.

vo altrui è istituito erede, ovvero al medesimo vien lasciato un legato, ciò vale come una disposizione mediata a favore del suo padrone (10), il perchè si dee tener ragione della capacità di quest'ultimo (11), e, se alcuno istituisce erede il suo proprio schiavo, in ciò si contiene nel tempo stesso una manomissione testamentaria (12), la qual cosa per verità da prima non era senza controversia, allorchè il testatore non avea nel tempo stesso dichiarata espressamente la liberazione, ma nondimeno da Giustiniano fu riconosciuta (13). Intanto gli schiavi propri del testatore non possono altramente ottener legati che sotto condizione, pel caso cioè della liberazione, o del passaggio ad un altro padrone per mezzo di una successione singolare (14), e del pari non può uno schiavo esser nominato tutore che sotto la condizione della futura libertà (15). Anticamente senza dubbio non si potea validamente onorare una persona giuridica (16), se pure per avventura lo Stato medesimo non abbia per tal rapporto formata una eccezione (17), ma di ciò non si ha alcuna pruova diretta. Imperocchè i legati, che *Acca Larentia* la pretesa nutrice di Romolo, dicesi aver fatti al popolo Romano (18), non meritano certamente alcuna considerazione. Non per tanto fin dal tempo della Repubblica s'incontrano tanti esempii di disposizioni fatte a favore del popolo Romano, che non si può mettere in dubbio l'opinione della loro validità. Non solamente i Re stranieri istituivano erede del loro Regno e dei loro tesori il popolo Romano (19), ma anche i citta-

(10) Ulp. XXII. 7-13.; § 2. 3. J. *de her. inst.* (2.14.) L. 3. pr. L. 7. L. 31. L. 32. § 1. L. 38. § 5. L. 89. L. 64. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(11) Ulp. XXII. 9. L. 31. pr. L. 52. D. *eod.* L. 10. C. *eod.* (6. 24.) L. 82. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. D. *de servitute leg.* (33. 3.)

(12) Caj. II. 153-155.; Ulp. XXII. 7. 8. 11. 12. L. 3. § 1. L. 6. § 3. 4. L. 9. § 14-20. L. 21. L. 22. L. 30. L. 31. § 1. L. 42. L. 50. pr. L. 84. L. 90. D. *eod.*

(13) L. 5. C. *de nec. servo her. inst.* (6. 27.) § 2. J. *qui et quib. ex caus.* (1. 6.) pr. § 1. 2. J. *de her. inst.* (2. 14.) § 1. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(14) L. 89. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 13. D. *de optione leg.* (33. 5.)

(15) L. 10. § 4. L. 22. L. 32. § 2. D. *de testam. tut.* (26. 2.)

(16) D*irksen* tratt. civ. vol. II. p. 128. seg.

(17) Il popolo Romano fin dall'antichità potè in certo modo divenire erede ab intestato, imperocchè ad esso ricadeva la successione delle donzelle Vestali Gell. I. 12.

(18) Plutarch. in Romulo c. 5.

(19) Così Attalo di Pergamo Epit. Livii LVIII: Plin. H. N. XXXIII. 11.; Plutarch. in Tiber. Graccho c. 14.; Tolomeo di Cirene Epit. Livii LXX.; Nicomede di Bitinia Epit. Livii XCIII., Cic. de lege agrar. II. 15., ed Alessandro di Egitto Cic. l. c. II. 16. Anche degli altri esempii ci da il Grozio *de jure belli et pacis* l. 3. § 12.

dini Romani onoravano il medesimo almeno con legati (20). Quest'ultimo avvenne anche sotto i primi Imperadori, tanto per parte di questi medesimi (21), quanto per parte di altri (22). Più tardi quando alcuno non voleva precisamente gratificar la Città di Roma, ma sibbene lo Stato, si prese l'usanza di istituire il Fisco, la cui capacità di succedere erasi da principio stabilita dalla *Lex Papia Poppaea*, attribuendo ad esso i beni senza eredi, come anche i *Caduca* ed *Ereptitia* (23), e di siffatte istituzioni di frequente si fa menzione (24). Inoltre troviamo essere ammesso che si potesse istituir erede l'Imperadore come tale, nel qual caso, secondo una costituzione di Antonino Pio, l'istituzione torna a benefizio di colui, che trovasi regnare alla morte del testatore (25). Come poi sotto gli Imperadori fosser divenule valide anche le disposizioni a favore delle Città e di altre Corporazioni si è già veduto di sopra (26). Se nel tempo della Repubblica fosse già ammesso di istituire eredi i Tempi rimane indeciso. Ma nel tempo degli Imperadori era permesso (27); nondimeno si stette fermo al principio che solo quei Tempi potessero essere onorati, ai quali per un privilegio speciale fosse conceduta la capacità di succedere (28). Per contrario Costantino concedè interamente e generalmente alle Chiese cristiane siffatta capacità (29), al che Ciustiniano aggiunse per compimento che l'istituzione della Divinità dovesse ritenersi come istituzione della Chiesa del testatore (30). Il medesimo Giustiniano finalmente concedè per espressa disposizione di legge un'illimitata capacità di succedere anche agli Stabi-

(20) Così segnatamente Pisone Frugi Plin. H. N. XXXIII. 2.; e Giulio Cesare Sueton. in Caesare c. 83.; Plutarch. in Caesare c. 68.; Taciti annal. II. 41.; Dio Cass. XLIV. 35.

(21) Segnatamente di Augusto Sueton. in Octav. c. 101.; Tacit. Ann. I. 8. Dio Cass. LVI. 32.; di Tiberio, Sueton. in Tiber. c. 76. Dio Cass. LIX. 1., e di Antonino Pio, Capitolin. in Ant. Pio c. 7. 12.

(22) Dio Cass. XLVIII. 32. LIV. 29.

(23) V. § 343.

(24) L. 3. in fine D. *de alim. leg.* (34. 1.)

(25) L. 56. D. *de legat.* II. 31. L. 31. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 6. C. *eod* (6. 23.)

(26) V. § 316.

(27) L. 20. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(28) Ulp. XXII. 6. Secondo Dio Cass. LV., pare quasi che per questo privilegio adoperavasi la forma di concedere ai Tempi il *jus trium liberorum*, con la qual cosa ad ogni modo si connetteva l'idea della capacità di succedere.

(29) Eusebii Hist. eccles. X. 5. Confr. L. 1. C. de sacros. eccles. (1. 2.)

(30) L. 26. C. *eod.*

limenti pii (31), il che però non si vuol estender eziandio agli altri istituti di pubblica utilità, e tanto meno agli Stabilimenti non ancora fondati (32). Una importante restrizione della capacità di essere onorato fu introdotta per la *lex Voconia* l'an. di R. 585. (33), giacchè questa stabilì il principio che nessun cittadino Romano il quale possedesse nel patrimonio 100,000 assi, e per conseguenza appartenesse alla prima classe (34), potessè istituire erede una donna, o lasciarle un legato (35). Questo divieto valeva eziandio per le testatrici (36), ad eccezione delle Vestali (37), ma in parte veniva eluso col mezzo di non farsi censire (38), ed in parte col mezzo di istituire per erede un uomo, imponendogli di restituire l'eredità ad una donna come fedecommesso universale (39), la qual cosa rimase anche permessa dopo che i fedecommessi sotto Augusto furon divenuti obbligatorii (40). E'agevole ad intendere che alcuno potea esser dispensato da questa legge (41), e per rispetto ai legati la *lex Voconia* avea ammessa l'eccezione che chi avesse una sola figliuola senz'altri figli, potesse legare alla medesima una certa porzione del suo patrimonio, probabilmente un quarto (42). In

(31) L. 29. C. *eod.* L. 49. § 5-7. C. *de episc. et cler.* (1. 3.)

(32) Di altra opinione è *Elver* della capacità di essere istituito erede; e specialmente delle persone giuridiche Gott. 1827. 8. V. al contrario *Muhlenbruch* decisione del caso di successione di Städel Halle 1828. 8.

(33) La mia St. § 54. n. V. *Kind* de lege Voconia. Lipsia 1820. 4.; *Savigny* sulla *lex Voconia* Berlino 1820. 4., e nella Diss. dell'Acad. Berl. dell'anno 1820.

(34) Caj. II. 274.; Ascon. ad Verrin. II. 1. c. 41. Dio Cass. LVI 10.

(35) Cic. in Verr. II. 1. c. 41-43.; Ascon. l. c.; Caj. l. c.; Augustinus de civ. Dei III. 21.

(36) Cic. in Verr. II. 1. c. 43.

(37) Dio Cass. l. c.

(38) Cic. in Verr. II. 1. c. 41. 43.

(39) Cic. de fin. bon. II. 17. 18.

(40) Caj. l. c.

(41) Dio Cass. LVI. 10. 32. Verisimilmente eravi la ragione di una tale dispensa quando il Senatore Q. Ortensio istitui erede sua moglie insieme col figliuolo, Plutarch. in Catone c. 52. Valer. Max. V. 9. § 2., e quando il famoso Agricola istitui ad eredi la moglie e la figlinola insieme coll'Imperadore Domiziano. Tacit in Agric. c. 43.

(42) Cic. de republ. III. c 10. de fin. bon. II. 17.; Augustinus l. c. Pare che di questo caso s'intenda parlare nel pr. J. de codic. (2. 25.) allorchè quivi a dichiarazione della storia dei fedecommessi dicesi, che la figliuola di Lentulo avesse adempiuto legati, che non era tenuta di adempiere. Senza dubbio a lei come a legataria erano stati imposti dei legati, i quali per tal ragione non potevano valere che come fedecommessi, e quindi prima di Augusto non erano obbligatorii. Del rimanente *Kind* l.c. § 36. seg. riferisce qui anche l'altra nota disposizione della *lex Voconia*, che niun legatario potesse ricevere più che l'erede (§ 311. Nota 33.)

quanto all'istituzione delle donne per parte di coloro, che non appartenevano alla prima classe, pare che la *lex Voconia* non contenesse nulla, se per avventura non si voglia qui riferire una notizia interamente isolata, e che per altro qui non ben si adatta, cioè che la *lex Voconia* avesse permesso d'istituire le donne solo nella metà del patrimonio (43). Al tempo di Cajo questa legge era tuttavia in vigore (44), ma di poi a non molto fu interamente esclusa dall'applicazione (45), il che probabilmente sta in connessione col cessare del censo lustrale pei cittadini Romani, e per conseguenza col cessare della divisione per classi (46). Valentiniano II. introdusse in vece un'altra restrizione, che sta in rapporto col sesso feminile, che cioè gli ecclesiastici, i quali sotto specie di religione aveano avuto pratiche con una donna, non potessero in alcuna guisa aver da esse donazioni o disposizioni di ultima volontà (47), la qual disposizione nondimeno fu già abolita da Marziano (48). Ora per ciò che riguarda i casi d'incapacità di essere onorato, che si trovano tuttora nel dritto di Giustiniano, come agevolmente si può intendere di per sè;

1.° Tutti coloro che hanno una inabilità assoluta di succedere in generale non possono essere istituiti da alcuno (49), e quei che sono esclusi dal succedere a certe persone, almeno da queste non possono essere onorati (50).

2.° A questi si aggiungono anche i seguenti casi: 1) Fin dall'antichità gli intestabili erano al tutto esclusi dalle disposizioni testamenta-

(43) Quintil. declam. 26. 4. Confr. *Kind* l. c. § 39.

(44) Caj. l. c. Confr. anche *Plin.* Panegyr. c. 42.

(45) Ulpiano, Paolo e gli altri posteriori Giureconsulti classici infinite volte fan menzione nelle Pandette di istituzioni di erede in persona di donne, ma giammai di una restrizione per cagione della *lex Voconia*, come incontrasi per rispetto al dritto della successione intestata delle donne, perchè in questa al tempo loro sussisteva ancora la limitazione introdotta dalla *lex Voconia*.

(46) La mia St. § 83. Delle altre e ben diverse opinioni intorno all'abrogazione della lex Voconia si professano dal *Kind* e dal *Savigny*, ai quali però io non so uniformarmi. A me pare tanto impossibile dedurre col Savigny l'abrogazione della *lex Voconia* dalla incapacità dei *coelibes* ed *orbi* in seguito della *lex Julia et Popia*, quanto farla derivare col *Kind* dal trasferimento della elezione dei Magistrati dal popolo nel Senato sotto Tiberio. La *lex Voconia* non toccava nè l'uno, nè l'altro, e se questo fosse il caso, non avrebbe dovuto cominciare ad aver vigore che 100 anni dopo.

(47) L. 20. C. Th. *de Episc.* (16. 2.)

(48) Nov. Martiani lib. III tit. 5. (De testamentis clericorum).

(49) V. § 309. Nota 2-6.

(50) V. § 309. Nota 7. 8. 11. 12.

rie (51), e ciò non fu mutato nel dritto nuovo (52). 2) La permissione data sotto gl'Imperadori di disporre a favore di corporazioni si dee riferire soltanto alle corporazioni riconosciute (53). Le associazioni non riconosciute o non permesse non possono essere onorate in quanto alcuno voglia disporre in favore di esse come tali e non semplicemente dei singoli membri (54), dal che si potrebbe far manifesta la ragione perchè in un Rescritto di Caracalla si fosse rigettato un legato fatto alla Comunità de'Giudei in Antiochia (55), senza che da ciò si possa dedurre alcuna generale inammissibilità di istituire le Comunità de'Giudei, anche quando queste sono riconosciute dallo Stato (56). 3) In seguito di un Senatoconsulto sotto Pertinace l'*institutio Principis litis causa* è invalida, allorchè un testatore abbia istituito l'Imperadore a solo fine di contrapporre l'imperadore al suo avversario in una lite che egli ha intrapresa (57). 4) I testimoni intervenuti in un testamento, come pure coloro che sono ad essi congiunti per mezzo della *potestas* possono certamente ottenere un legato, ma non già essere istituiti eredi, anzi la loro istituzione li rende incapaci come testimoni, e per tal modo rende nullo tutto il testamento (58). 5) Siccome, secondo una disposizione di Leone ed Antemio, le persone rimaste vedove che abbiano figli del primo matrimonio, se passano a seconde nozze non possono dare al secondo conjuge più di quello che ottiene ciascun figliuolo del primo matrimonio (59), così in ciò, sebbene non si contenga un'esclusione, pure si contiene una limitazione di disporre a favore del secondo conjuge. 6) Da ultimo alcuno non può onorare illimitatamente la sua concubina, ed i figliuoli nati dalla concubina. Valente, Valentiniano II., e Graziano furono i primi a vietare che si legasse ai medesimi, più di 1/12 del patrimonio, quando vi fossero figliuoli legittimi (60), la

(51) Schol. ad Horat. Serm. II. 3. v. 181.; Theoph. II. 10. § 6.

(52) In ispezialtà gli apostati manifestamente sono trattati come intestabili, e perciò esclusi dal disporre per testamento L. 3. C. *de apostatis* (1. 7.)

(53) V. § 316.

(54) L. 21. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 8. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(55) L. 1. C. *de judaeis* (1. 9.)

(56) *Schweppe* Dritto privato § 788. Nota 2. (3. ed.)

(57) Capitolino in Pertinace c. 7. § 7. 8. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 91. D. *de her. inst.* (28. 5.) Paul. S. R. V. 12. § 8.

(58) § 8-11. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 20. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 16. § 1. L. 22. C. *de testam.* (6. 23.)

(59) L. 6. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 27. 28.

(60) Nov. 89. c. 12. pr. Nella L. 6. C. *de inst. et subst.* (6. 25.) Valeriano e Gallieno manifestano che essi aveano già prescritta una misura per quello che si poteva lasciare ai figliuoli delle concubine, ma questo medesimo non ci è noto.

qual proibizione fu ripetuta da Onorio ed Arcadio (61). Nel caso che non vi fossero figliuoli legittimi, ciò non si applicava, ed allora non eravi luogo ad alcuna limitazione nel disporre (62), finchè Giustiniano stabilì che anche in questo caso non potesse lasciarsi alla concubina ed ai suoi figliuoli più di 3/12, che poi estese a 6/12 (63). Ma da ultimo Giustiniano dispose nuovamente che la concubina ed i figliuoli nati dal concubinato, se vi sieno figliuoli legittimi non possano certamente ottenere più di 1/12, e se vi sieno ascendenti del testatore possano ottenere tanto solo, che resti salva la legittima di costoro, ma in altro caso possano egualmente che gli altri essere istituiti senza restrizione (64). Con la inabilità di ricevere, di cui ora abbiam discorso, e che ha per effetto la nullità della disposizione non si vuol confondere: 1) l'indegnità, allorchè un erede chiamato, un legatario o fedecommessario è dalla legge dichiarato indegno di succedere, nel qual caso certamente non è invalida la sua chiamata alla successione, ma soltanto nel suo luogo subentra un altro, che per lo più è il Fisco (65); 2) l'incapacità che si verifica allorchè un onorato per ragioni diverse dall'indegnità si ritiene come inabile ad acquistare le cose lasciategli, in quanto nell'intervallo non sieno mutati nella sua persona certi dati rapporti, nel qual caso parimenti la disposizióne sussiste, ma torna a vantaggio di un altro (66). Del rimanente i soldati sono esenti quasi del tutto dall'aver riguardo alla idoneità, all'indegnità, ed alla incapacità di succedere delle persone, a cui favore han disposto, sebbene non manchino alcune eccezioni (67).

IV. FORMA:

1) *Dei testamenti.*

A. Introduzione Storica.

§ 319. Prima delle dodici Tavole non eravi per legge che la sola successione intestata, per la qual ragione chi volea fare un testamento,

(61) L. 2. C. *de natur. lib.* (5. 27.)
(62) L. 3-6. C. *eod.*
(63) L. 8. C. *eod.*
(64) Nov. 89. c. 12. § 1-3.
(65) V. § 391.
(66) V. § 390.
(67) Caj. II. 109-11. L. 13. § 2. L. 29. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 7. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

dovea sottoporlo all'assemblea del popolo per approvarlo in forza del suo potere legislativo, ed il testamento così formato, il quale poggiavasi sopra un *privilegium*, che dispensava dall' ordine legale di successione (1), chiamavasi *testamentum in comitiis calatis*, perchè la conferma dei testamenti solea farsi nelle due assemblee per Curie, che annualmente si teneano pel disbrigo di affari privati, e che chiamavansi in preferenza *comitia calata* (2). Per coloro che si trovavano in campo fu ammesso il favore, che l'esercito schierato in battaglia tenesse il luogo dei Comizii, e potesse confermare i testamenti dei soldati, che da ciò si chiamarono *testamenta in procinctu* (3). Intanto si evitò la necessità di un siffatto privilegio col trasferire tra vivi il proprio patrimonio per via della mancipazione a coloro, che alcuno desiderava avere ad eredi, riserbandosene solo il possesso ed il godimento fino alla morte, e ciò dovè dare occasione che la mancipazione fosse applicata come forma eziandio nelle disposizioni di ultima volontà (4). Questo potè avvenire anche prima delle dodici Tavole, giacchè talvolta il popolo dava anche anticipatamente il privilegio di far testamento (5), nel qual caso naturalmente il testamento non avea mestieri di un nuovo Decreto comiziale, ma nondimeno non potea farsi a meno dell' uso di una forma che lo accertasse. Checchè ne sia però, ciò ad ogni modo avvenne quando le dodici Tavole per-

(1) *Trekell* l. c. p. 15. seg.; *Heineccius* de orig. testamenti factionis in Oper. T. II. p. 495. seg. Quando *Dernburg*. l. c. p. 15. seg. dalla espressione *testamentum* deduce che il popolo avesse funzionato soltanto da testimone, e trova incredibile che il popolo Romano si avesse voluto prender la briga di dar fuori una legge per ogni singolo patrimonio, egli non pon mente che, secondo il più antico uso del linguaggio, l'ordinamento di una disposizione di ultima volontà non veniva indicato con la voce *testari* ma sibbene colla parola *legare* (Nota 6.), e che sarebbe anche molto più inconcepibile che i comizii avesser tenuto come cosa degna della loro convocazione il semplice intervenire da testimoni.

(2) Caj. II. 101. Ulp. XX.2.; § 1. J. *de test. ord.* (2. 10.) Theoph. ad h. l. L'ipotesi di *Gans* Dritto di successione vol. II. p. 46. seg., che gli antichi Romani egualmente che gli Ateniesi avessero riguardato l' istituzione di erede come un' arrogazione dell'erede, che per questo i testamenti, come tutte le arrogazioni avessero dovuto effettuarsi nei comizii calati, e che l' *adoptio per testamentum* non fosse stata che un residuo posteriormente non più compreso della antica primitiva idea, è un puro *lusus ingenii*.

(3) Caj. l.c.; Ulp. l.c.; Cic. *de natur. Deor.* II.3. de Orat. I. 53.; Vellej. Paterc. II. 5.; Plutarch. in Coriol. c. 9.; *Gell.* XV. 27.; Festo p. *Endoprocinctu*, *Procincta*. L'opinione di *Trekell*. l. c., che il *testamentum in procinctu* avesse avuto vigore soltanto allorchè il soldato moriva in battaglia, è sfornita di pruove; V. *Schrader* nel mag. civ. di *Hugo* vol. V. p. 154. seg.

(4) Caj. II. 102.

(5) *Gell.* VI. 7.

misero a ciascuno di poter disporre a causa di morte del suo patrimonio senza l'approvazione del potere legislativo (6); imperocchè dopo quel tempo caddero in disuso le antiche forme del testamento, che oramai non erano più necessarie (7), e senza dubbio non prima di quel tempo divennero tecniche le espressioni *testari* e *testamentum* (8). Verisimilmente le dodici Tavole aveano espressamente sanzionato l'applicazione della mancipazione ai testamenti; per lo meno è certo che una legge antica conteneva delle prescrizioni sul procedimento da osservarsi a questo riguardo (9). Ma l'uso era che il testatore alla presenza de'testimoni della mancipazione, del libripende, e dell'antestato facea la *nuncupatio testamenti*, cioè dichiarava la sua volontà verso un così detto *familiae emptor*, che da prima era lo stesso erede, ma più tardi era ordinariamente un altro (10); a ciò il *familiae emptor* dichiarava la sua accettazione, e secondo la consueta forma pesava al testatore il prezzo simbolico della compra (11). Allorchè però si facea il testamento per iscritto bastava che il testatore presentasse il testamento, e nella *nuncupatio testamenti* si riportasse al suo contenuto, che non era obbligato di manifestare (12). Ma qui i testimoni doveano suggellare il testamento, *signare*, la qual cosa si fondava in una legge, probabilmente nelle dodici Tavole (13), e nel tempo degli Imperadori vi si aggiunse anche

(6) « Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jos esto », queste pare essere state le gennine parole delle dodici Tavole Ulp. XI. 14. pr. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 120. D. *de V. S.* (50. 16.) Nov. 22. c. 2. La relazione presso Cic. de invent. II. 50. ad Herenn. I. 13. « Pater familias uti super familia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto » può non essere esatta, imperocchè secondo questa le donne non avrebbero potuto testare, e nondimeno il potevano; V. *Erb* nel Mag. civ. di *Hugo* vol. II. n. 15.

(7) Caj. II. 103.

(8) Le espressioni *testamentum in comitiis calatis* ed *in procinctu* poterono bene formarsi più tardi, e la ragione della parola *testari* si conteneva solo nella forma di mancipazione, ma non già anche nella più antica forma, imperocchè quivi non intervenivano testimoni. E non si può neppure dimostrare che nelle dodici Tavole siasi già parlato di *testari* e *testamentum*, e la stessa espressione *intestatus*, che Cicerone l. c. attribuisce alle dodici Tavole è problematica in questa applicazione, imperocchè Cicerone qui riferisce inesattamente. Nondimeno non è necessario di rigettare come espressioni delle XII. Tavole le parole *testamentum* ed *intestatus*, giacche anche prima talvolta già s'incontravano i testamenti per mancipazione, e quindi non pare impossibile una piu antica origine di quell' espressione.

(9) Cic. in Verr. II. 1. c. 45. V. Nota 13.

(10) Caj. II. 103. *Wernsdorf* de famil. emptore ipso herede in tes t. per aes et libram condito, Viteb. 1780. 8.

(11) Caj. II. 104-108; Ulp. XX. 2-9.; Nov. Theodosii II. lib. I. tit. 16.

(12) Ulp. XX. 9.

(13) Nel § 2. 3. J. *de test. ord.* (2. 10.) dicesi veramente che l' Editto pretorio fu il

come cosa essenziale (14) la sottoscrizione dei testimoni, *subsignare* s. *subscribere* (15), e ciò si pretende essere avvenuto per effetto di costituzioni (16), ma nondimeno non vi è dubbio che fu introdotto da un Senatoconsulto sotto Nerone, il quale prescrisse intorno a ciò delle regole come i testimoni avessero ad apporre le loro firme ai testamenti e ad altri titoli (17). Accanto alla forma del testamento qui descritta, e che si chiamava *testamentum per aes et libram* s. *cum quinque testibus*, un'altra forma più semplice detta *testamentum cum septem testibus* fu dall'Editto del Pretore non tanto introdotta, quanto occasionata, giacchè il Pretore stabilì il principio che chi presentasse un testamento fornito del numero legale di suggelli dovesse ottenere la *bonorum possessio secundum Tabulas* (18). Or se qui sono indicati, come il numero necessario, sette suggelli (19), si dee senza dubbio dedurre, che anche il libripende, e l'antestato, doveano secondo le dodici Tavole suggellare il testamento (20). Ma il senso di quell'Editto non era certamente altro se non questo, che il Pretore per la concessione della *bonorum possessio secundum Tabulas* avrebbe riguardato come sufficiente la produzione di un testamento che esteriormente apparisse come legale, senza richiedere in prima la dimostrazione che il rito della mancipazione si fosse convenevolmente adempiuto, ed in generale che tutti i requisiti necessarii alla validità di un testamento si fossero osservati; nondimeno da ciò fu dedotto di poi che un testamento si potesse validamente fare anche senza la mancipazione, allorchè il testatore lo avesse fatto suggellare da sette testimoni, ed anche sottoscrivere, secondo

primo ad introdurre la suggellazione dei testamenti, ma nell' Editto, al quale ciò si riferisce, e che Cic. in Verr. II. 1. c. 45. ci ha conservato leggesi « Tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, *quam e lege* oportet » e quindi l'Editto presupponeva la suggellazione come qualche cosa necessaria per legge.

(14) L. 39. D. *de V. S.* (50. 16.); Festo p. *Resignare.*

(15) L. 22. L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(16) § 3. J. *de test. ord.* (2. 10.

(17) Sueton. in Nerone c. 17.; Paul. S. R. V. 25. § 6.

(18) Cic. in Verr. II. 1. c. 45. « si de hereditate ambigetur et Tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo ».

(19) Caj. II. 119. 147.; Ulp. XXVIII. 6.; L. 3. D. *si tab. test.* (38. 6.) § 2. 3. J. *de test. ord.* (2. 10.); Isidori Orig. V. 24. § 6.

(20) Per verità si potrebbe intendere anche dei suggelli del testatore e del *familiae emptor*, ma che si trattasse del *libripens* e dell'*antestatus*, i quali dovean suggellare insieme coi cinque testimoni proprii della mancipazione, si può argomentare da ciò che per lo meno il *libripens* si riteneva anche come un sesto testimone Caj. II. 107.

che al tempo degli Imperadori fu aggiunto, e per effetto di questa interpetrazione usuale ne risultò lo speciale testamento pretorio (21). Nondimeno questa forma più semplice conformemente alla sua origine non avea luogo che nei testamenti scritti, finchè Gordiano dichiarò sufficienti per ottenere la *bonorum possessio secundum Tabulas* anche i testamenti a voce fatti innanzi a sette testimoni (22). Questa *bonorum possessio* che si dava per effetto del testamento pretorio da principio era però sempre una *b. p. sine re*, allorchè vi erano degli eredi chiamati secondo il dritto civile, tanto se questi fossero eredi testamentarii in forza di un testamento anteriore fatto col rito della mancipazione, quanto se fossero eredi *ab intestato* (23); ma questo pare che più tardi andasse in disuso, probabilmente in seguito di un Rescritto di Antonino Pio, il cui senso per verità andò soggetto a parecchi dubbi (24). Ad ogni modo ciò dovè cessare dopo Teodosio II.; imperocchè questi nell'an: 439 elevò il testamento pretorio ad una generale forma legale, disponendo che nei testamenti non dovesse più essere d'importanza la mancipazione, ma al contrario si dovessero sempre adoperare sette testimoni, al che aggiunse anche degli ordinamenti sul procedimento da seguirsi (25), e Giustiniano vi aggiunse eziandio parecchie altre cose (26). Siccome la disposizione di Teodosio II. non valse immediatamente se non per l'Impero Orientale, così nell'Impero Occidentale rimasero provvisoriamente entrambe le forme di testamento (27), e Valentiniano III. nell'anno 446 vi pubblicò due singolari prescrizioni su i testamenti: 1) che le persone, le quali volessero reciprocamente istituirsi eredi pel caso di sopravvivenza, potessero fare un testamento comune (28), e 2) che nei testamenti scritti di propria mano del testatore, *testamenta holographa* non fossero necessarii i testimoni (29). Ma nell'anno 448. la legge di Teodosio

(21) V. i luoghi citati nella Nota 19.

(22) L. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (6. 11.)

(23) Caj. II. 119-122. 147. 148.

(24) Caj. II. 120-122.

(25) Nov. Theodosii II. lib. I. tit. 16., della quale la L. 21. C. *de testam.* (6. 23.) è un compendio.

(26) L. 23-30.

(27) La circostanza che il testamento per mancipazione nella Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1. e 2. dell'anno 446. vien ritenuto come ancora in voga ha dato occasione al *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n. 5. di dubitare dell'abolizione fatta da Teodosio II.; V. al contrario Heidelb. Annali 1815. p. 681. seg.

(28) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1. Secondo questo passo l'Imperadore Leone I. avea di già prescritto ciò pei conjugi, ma di questo non si ha altra notizia.

(29) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 2. § 1.

II. fu introdotta anche nell'Impero Occidentale (30), e con ciò caddero eziandio le disposizioni singolari di Valentiniano III. (31). La forma Teodosiana del testamento non era però la sola forma generale, ma altre due forme generali si vennero introducendo, le quali si comprendono sotto la denominazione di *testamentum publicum*, e son per la prima volta menzionate nelle costituzioni di Arcadio ed Onorio, sebbene non sieno state da essi introdotte (32); oltre a ciò eranvi ancora delle forme di testamento eccezionali per alcuni casi speciali (33).

B. Teorica pratica.

§ 320. I principii che sono in vigore nel dritto di Giustiniano per le forme generali del testamento sono i seguenti:

1.° Nel testamento privato, come si suol chiamare quel testamento che si fa senza la cooperazione della pubblica autorità semplicemente innanzi a' testimoni 1) debbono esser presenti sette testimoni idonei (1), e qui son tenuti come non idonei a far da testimoni quelli ai quali manca il *jus testamenti factionis* (2), quelli che per esser dementi, ciechi, sordi, muti, o per altri difetti non sono in istato di conoscere ciò che si fa alla loro presenza, e di farne rapporto (3), gl'impuberi (4), le donne (5), gl'infami (6), gl'intestabili (7), i dichiarati prodighi (8), come pure il testatore medesimo, o l'erede istituito, e le persone che ad essi

(30) Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 26.

(31) Giustiniano le tralasciò in tutto; nondimeno nell' Occidente si poterono conservare, imperocchè qui esse passarono in *leges Romanae*, dal che è provenuto che il dritto francese non richiede alcun testimone nei testamenti olografi.

(32) L. 18. L. 19. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. Nov. Valentin. III. lib. II. tit. 21. n. 1.

(33) V. § 322. e 323.

(1) § 3. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 21. pr. C. *de testam.* (6. 23.). L'incapacità, in cui posteriormente s'incorre, non nuoce L. 22. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(2) § 6. J. *eod.* L. 20. § 7. D. *qui test. fac. poss.* (18. 1.). Nondimeno secondo i Rescritti di Adriano e Settimio Severo il testamento dee rimaner valido, quando posteriormente si conosca che un testimone era schiavo § 7. J. *eod.*, e non importa di qual religione sia il testimone C. 21. C. *de haereticis* (1. 5.)

(3) § 6. J. cit. L. 16. L. 17. L. 20. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) § 6. cit. J. cit. L. 19. D. *eod.*

(5) L. 20. § 6. D. *eod.*

(6) L. 20. § 5. D. *eod.*; la mia diss. de infamia Kil 1819. 4. p. 22. seg.

(7) § 6. J. cit. L. 18. § 1. L. 20. § 1. D. *eod.*

(8) L. 18. pr. D. *eod.*

son congiunte per la patria potestà (9), ma non già anche quelli che ricevono nel testamento un legato (10). 2) I testimoni debbono anche essere *specialiter rogati*, cioè prima dell'atto del testare debbono esser richiesti espressamente a far da testimoni, affinchè sappiano che debbono prestare attenzione; del resto non importa se sieno venuti per caso, anzi neppure se sieno stati trattenuti a loro malgrado (11). 3) Di più i testimoni debbono rimanere dal principio sino alla fine (12), e si richiede che possano vedere continuamente il testatore (13). 4) L'atto del testamento si dee fare (14) e compiere (15) in una sola volta, *uno actu*, senza interruzione e frapposizione di atti estranei, ma non è necessario che il testamento sia scritto alla presenza dei testimoni (16). 5) Nel rimanente è da distinguere se si fa un testamento a voce o per iscritto. A. Pel testamento a voce non si richiede altro, se non che il testatore in una lingua che i testimoni intendano, ovvero per via di segni manifesti dichiari la sua volontà (17), ed è perfettamente indifferente se i testimoni per ajutare la loro memoria scrivano le disposizioni del testatore o no (18). B. Al contrario allorchè il testamento si fa per iscritto, il testatore può in vero scriverlo o farlo scrivere alla presenza dei testimoni; ma può anche presentarlo già scritto e suggellato, imperocchè qui non è necessario che i testimoni ne sappiano il contenuto (19), e questa è anche la ragione per cui non importa se i testimoni intendano la lingua del testamento anzi neppure se intendano la lingua del testatore, purchè comprendano solo qualesia il loro scopo, e che cosa voglia il testatore (20). Ma è necessario che il testatore in presenza dei

(9) § 8-10. J. *eod.* L. 20. pr. § 1-3. D. *eod.* L. 22. C. *de testam.* (6. 23.). Non si prende poi in considerazione che più testimoni sieno legati fra loro per la *potestas* L. 22. pr. D. *eod.*

(10) § 11 J. *eod.* L. 16. § 1. L. 22. C. *de testam.* (6. 23.)

(11) L. 21. § 2. L. 20. § 10. D. *eod.* Nov. 90. c. 2.

(12) L. 20. § 8. D. *eod.*

(13) L. 9. C. *de testam.* (6. 23.) L. 3. § 2. C. Theod. eod. (4. 4.) Basilic. XXXV. 2. lex 8.

(14) § 3. J. *eod.* L. 21. § 3. D. *eod.* L. 12. L. 21. pr. L. 28. C. *de test.* (6. 23.)

(15) L. 21. § 3. C. *eod.* L. 25. D. *eod.*

(16) L. 21. pr. § 2. C. *de test.* (6. 23.

(17) § 14. J. *eod.* L. 21. pr. D. *eod.* L. 21. § 4. L. 26. C. *de test.* (6. 23.). Sulla ammissibilità dei segni veggasi il § 315. Nota 9.

(18) Una siffatta annotazione chiamasi *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, ma non è valida.

(19) L. 21. pr. § 2. C. *eod.*

(20) L. 20. § 9. D. *eod.*

testimoni dichiari quello essere il suo testamento; la qual dichiarazione per verità non è mestieri che sia notata nel testamento, allorchè questo sia stato scritto di propria mano del testatore, *testamentum holographum*, e questi abbia notato di averlo scritto di sua propria mano (21), ma nei testamenti che non sono scritti dal testatore medesimo, *testamenta allographa* deve dal testatore in presenza dei testimoni essere scritta sul testamento (22), e però allorchè il testatore non può scrivere, è qui anche necessario di chiamare un così detto *octavus subscriptor* per scrivere sul testamento la dichiarazione in vece del testatore (23). Nel testamento d'un cieco l'*octavus subscriptor*, che in tal caso, se è possibile, dev'essere un Notajo, deve anche precedentemente secondo il disposto di Giustino dar lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni (24). Pei *testamenta allographa* per un certo tempo Giustiniano avea anche prescritto che il testatore dovesse scrivere il nome dell'erede in presenza dei testimoni, ovvero farlo scrivere da uno dei testimoni, se egli medesimo non potesse scrivere (25); ma egli stesso più tardi rivocò questa disposizione (26). Dopo fatta la dichiarazione del testatore, tutt'i testimoni debbono suggellare il testamento e fornirlo delle loro sottoscrizioni (27), e così i suggelli come le sottoscrizioni (*a*) si appongono esternamente sul testamento, ovvero sull'involto, se per avventnra il testamento sia contenuto in un involto (28), giacchè i testimoni hanno propriamente a snggellare il testamento (29),

(21) L. 28. § 1. C. *de testam.* (6. 23.)
(22) L. 21. pr. C. *eod.*
(23) L. 21. § 1. C. *eod.*
(24) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)
(25) L. 29. L. 30. C. *de testam.* (6. 23.)
(26) Nov. 119. c. 9.
(27) L. 21. § 3. C. *eod.* L. 22. § 4. L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.
(28) L. 22. § 7. D. *eod.*
(29) Questo segue già da ciò che il testatore può presentare il testamento suggellato L. 21. pr. C. *de testam.* (6. 23.) e trovasi in tutt'i testamenti Romani conservati, *Savigny* Storia del dritto Romano nel medio Evo vol. II. p. 182. seg.; *Spangeberg* nell'Arch. per la prat. civ. vol. V. n. 5.; il medesimo de modo conficiendi instrumenta apud Rom. prima delle loro juris Rom. tabulae negot. solemn. Lipsia 1822. 8. Evidentemente anche il Senatoconsulto sotto Nerone menzionato nel § 319. Nota 17. richiese la suggellazione

(*a*) Pare che si debba distinguere tra la sottoscrizione propriamente detta e l'indicazione del nome che si ponea presso al suggello di ciascun testimone; la prima dovea esser posta nel corpo medesimo dell'atto, *subscriptio*, la seconda sulla parte esteriore del testamento o dell'involtó, *superscriptio*. Per tal ragione quando si presentava un testamento già chiuso o suggellato se ne lasciava una parte non ravvolta o chiusa ma aperta per apporvi le sottoscrizioni. *N. del Tr.*

nel che si desidera che alla loro suggellazione aggiungano una breve dichiarazione per la quale apparisca di chi sia il testamento e chi vi abbia apposto il suggello (30). In caso di necessità o tutti o alcuni dei testimoni possono valersi del medesimo suggello, soltanto è mestieri che ne facciano menzione (31), ancora non è necessario che sia propriamente un suggello, ma basta che sia un istrumento avente un'impronta particolare che non sia nelle mani di ciascuno (32). Se si vogliono fare più esemplari di un testamento, ciascuno debb'esser fatto con tutte le debite solennità, giachè le semplici copie non hanno alcuna forza probatoria (33). Ma il testatore può anche distribuire le sue istituzioni di erede ed altre disposizioni in più testamenti contemporaneamente fatti, i quali allora tutt'insieme valgono per un medesimo testamento (34); è poi al tutto indifferente su quale materia siasi scritto, e in qual tempo siasi fatto il testamento (35).

2.° I testamenti pubblici possono farsi in due guise: 1) la prima è quando alcuno presenta il testamento ad un magistrato, e lo fa trascrivere sul protocollo; ma qui il testatore dee comparir di persona, ed il testamento fino alla sua apertura dee rimanere in deposito presso il magistrato (36). In Costantinopoli i testamenti poteano consegnarsi solo al *Magister census* (37), ma in altri luoghi si potea testare innanzi alla Curia del *municipium* (38). 2) La seconda forma del testamento pubblico si ha quando alcuno consegna il testamento all'Imperadore medesimo con una supplica affinchè lo custodisca, il che del pari pre-

esteriore sul documento. Ma la sottoscrizione secondo l'uso Romano si poneva sotto i suggelli, dal che fu anche chiamata *subsignatio*. Intorno alla quistione che prima si agitava sul luogo dei suggelli e delle sottoscrizioni veggasi *Jugler* Contribuzioni alla biografia giuridica nella vita di Desiderio Araldo vol. II. n. 29.

(30) L. 30. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(31) § 5. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 22. § 2. D. *eod.*

(32) L. 22. § 5. D. *eod.*

(33) § 13. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 24. D. *eod.*

(34) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. S. T.* (37. 11.)

(35) § 12. J. *de test. ord.* (2. 10.) L. 22. § 6. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(36) L. 4. C. Th. *de testam.* (4. 4.) L. 18. C. *eod.* (6. 23.). Sulla quistione se la consegna potesse avvenire anche per mezzo di un procuratore, il che avrebbe tolto al magistrato la possibilità di attestare che il testamento fosse la vera ed effettiva volontà del testatore, veggasi *Guyet* nell' Arch. per la prat. civ. vol. XIII. n. 14.; *Brinkmann* Notizie del dritto n. 51.

(37) L. 18. L. 23. C. *eod.*

(38) L. 19. C. *eod.* Nov. Valentin. III. lib. II tit. 21. n. 1. § 2.

suppone che il testatore comparisca di persona, ma è valido anche quando non segua alcuna espressa decretazione sulla supplica (39).

2) Altre disposizioni di ultima volontà.

§ 321. Mentre prima di Costantino solo i testamenti erano soggetti ad una determinata forma, questi nell'anno 326. prescrisse che anche i codicilli, ed in generale tutti gli atti di ultima volontà, pei quali però si debbono intendere solo le disposizioni unilaterali, egualmente che i testamenti dovessero esser fatti in presenza di cinque o di sette testimoni (1), la qual differenza non può aver relazione che alla circostanza che si applichi la mancipazione o no (2). Dopo che Teodosio II. ebbe abolita la mancipazione nei testamenti, avrebbe dovuto per conseguenza far ciò anche per gli altri atti di ultima disposizione, nondimeno ciò non fu fatto che da Giustiniano, il quale però qui dichiarò sufficienti cinque testimoni (3), ma nel resto richiese tutto ciò che si dee osservare nei testamenti (4). Anche qui la consegna fatta al magistrato o all'Imperadore equivale alla formazione dell'atto innanzi a' testimoni (5). Nonpertanto sonovi ancora due eccezioni dalla regola che ogni disposizione d' ultima volontà abbia bisogno dell'anzidetta forma: 1)

(39) L. 19. C. cit. Nov. Valentin. III. cit. L'ultimo passo è chiaro che è tratto principalmente dal primo.

(1) L. 1. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

(2) *Gothofredus* ad L.1. C. Th. cit. espone la esatta spiegazione contro Cujacio.

(3) L. 8. § 3. C. *de codicillis* (6. 36.). La L. 8. C. cit. è in vero di Teodosio II., ma il § 3. vi si è aggiunto da Giustiniano, imperocchè nel Cod Theod. dove questo passo si trova come L. 7. C. Th. *de testam.* (4. 4.), manca il § 3. Ed ancora questa disposizione è dell' anno 424., mentre quella sopra i testamenti non fu pubblicata che al 439, cosicchè la prima non può avere applicato le disposizioni della seconda. Ma verisimilmente la pratica per analogia avea adottata la disposizione di Teodosio sopra i testamenti anche nelle altre disposizioni di ultima volontà, siccome vien presupposto nella L. 8. C. *qui testam. fac. poss.* (6. 22.) di Giustino, ed avea soltanto modificato il numero dei testimoni, il che Giustiniano vuol confermare quando egli ascrive a Teodosio ciò che la pratica avea introdotto.

(4) L. 8. § 3. C. *de codicillis* (6. 36.) L. 28. C. *de testam.* (6. 23.) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.). Quando nel § 3. J. *de codicillis* (2. 25.) si dice » codicillos etiam plures quis facere potest, et *nullam* solemnitatem ordinationis desiderant » questo evidentemente è un' abbreviazione mal fatta della giusta osservazione contenuta nella L. 6. § 1. D. *eod.* (29. 7.) « Codicillos et plures quis facere potest; et *ipsius manu neque scribi, neque signari necesse est.* »

(5) L. 18. C. *de testam.* (6. 23.) « testamenta omnia *caeteraque* quae apud officium censuale publicari solent. »

Una fu introdotta da Giustiniano pel caso che il testatore ad uno de' suoi successori abbia immediatamente imposto a voce un legato, nel qual caso non si richiede alcuna forma, ma dall'altro canto all'onorato non è permesso di farne la pruova in altro modo che mediante il deferimento del giuramento (6). 2) La seconda eccezione riguarda le donazioni a causa di morte, alle quali non si riferiscono le disposizioni di Costantino, come neppure gli ordinamenti posteriori che vi si rannodano. Da una quistione che erasi mossa intorno al punto se anche queste donazioni avesser mestieri della insinuazione, o del pari che i proprii legati ne fossero esenti, Giustiniano in vero prese occasione di decidere che, quando la donazione sia fatta innanzi a cinque testimoni, non sia d'importanza l'insinuazione (7); ma siccome egli non si espresse sul caso contrario, così s'intende di per sè che per questo caso si dee decidere in senso opposto, cioè è necessaria l'insinuazione se non sieno intervenuti cinque testimoni, presupposto però che la donazione sia di tal quantità da dover richiedere l'insinuazione; ma in ciò nel tempo stesso si contiene, che quì la mancanza dei testimoni non produce per sè stessa alcuna invalidità (8).

VII. Disposizioni di ultima volontà privilegiate

1) *Dei soldati.* (*)

§ 322. I principii generali sulle disposizioni di ultima volontà soffrono in più casi parecchie eccezioni, che sogliono venir indicate come privilegii dei testamenti. Sotto questo riguardo le persone più privilegiate sono i soldati. L'antico *testamentum in procinctu factum* sembra che del pari che il *testamentum in comitiis calatis* ben presto andasse in disuso, e da quel tempo non s'incontra alcun privilegio testamentario pei soldati, finchè Giulio Cesare non concedè loro un'ampia libertà di testare. Nondimeno non si sa nulla di più preciso intorno a ciò, e di più

(6) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 12. J. *de fideicomm hered.* (2. 23.); Löhr nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. p. 188. seg. Ordinariamente questo chiamasi *fideicommissum heredi praesenti injunctum*; ma esso non è limitato all' erede. Del resto Giustiniano fu forse condotto a ciò da una reminiscenza dell' antica legge di Numa, della quale Dion. Hal. II. 75. ci dà notizia. V. sopra § 229. Nota 11.

(7) L. 4. C. *de mortis causa donat.* (8. 57.)

(8) La L. 4. C. cit. si può veramente intendere anche in questo modo che non debba essere mai necessaria l'insinuazione, ma che invece, sia sempre necessario l'intervento di cinque testimoni. Nondimeno la spiegazione data nel testo pare che meglio di ogni altra corrisponda al contesto di questo passo ed alla natura della *donatio mortis causa.*

(*) *Haenel* diss. I. e II. de testam. militari. Lipsia 1815-16.

la disposizione di Cesare non fu che transitoria (1). Per contrario può riguardarsi come un privilegio permanente l'avere Augusto conceduto ai soldati sotto la patria potestà la facoltà di disporre per testamento sul loro peculio castrense (2); ma il vero autore di estesi privilegii testamentarii conceduti a'soldati fu Tito Vespasiano, le cui disposizioni su tal materia furono anche accresciute da'suoi successori Domiziano, Nerva, e Trajano (3). Dopo quel tempo nelle istruzioni officiali dei Governatori fu solito di mettere la clausola che i soldati potessero testare come potessero e volessero (4), ed i Governatori nei loro Editti solevano esporre più distintamente il contenuto di siffatta libertà (5). Ma i privilegii che qui si riferiscono, e che furono introdotti parte per l'ignoranza del dritto che è comune nei soldati, e parte pel pericolo di morte che ordinariamente loro sovrasta (6), si possono partire in tre classi:

1.° La capacità di testare dei soldati è per tal modo estesa, che 1) anche come *filii familias* possono testare sul loro peculio castrense (7), 2) che le loro disposizioni di ultima volontà sono valide anche nel caso, che nel tempo che il testamento fu fatto, non sapessero con certezza se di già fossero *sui juris* (8), 3) che possono testare ma solo sopra i beni castrensi anche se sieno stati condannati a morte, sì veramente che la condanna sia seguita per un delitto militare, ma non per tradimento (9), e 4) che se sieno divenuti sordi e muti, finchè non sieno stati formalmente congedati, non sono per questo impediti dal testare (10).

2.° Per rispetto al contenuto delle loro disposizioni; i soldati son

(1) L. 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(2) Pr. J. *quib. non est perm. fac. test.* (2. 12.) V. § 94.

(3) L. 1. L. 24. D. cit.

(4) L. 1. D. cit.

(5) L. 2. D. *eod.*

(6) Caj. II. 109. pr. J. *de mil. test.* (2. 11.) L. 1. pr. L. 40. § 2. D. *eod.* (29. 1.) L. 3. C. *eod.* (6. 21.) L. un. pr. D. *de bon. poss. ex test. mil.* (37. 13.)

(7) Pr. J. *quib. non est perm. fac. test.* (2. 12.) L. 1. L. 2. L. 9. L. 13. L. 19. pr. § 2. D. *de castr. pecul.* (49. 17.) L. 43. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(8) L. 11. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.). Intanto se il soldato nella incertezza ha testato solamente sul suo peculiò castrense, allora il testamento non si estende sull'altro suo patrimonio, quantunque egli sia effettivamente *sui juris* L. 11. § 2. D. *eod.* Confr. § 317. Nota 42.

(9) L. 11. pr. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* L. 32. § 8. D. *de don. int. vir. et ux.* (24. 1.) L. 6. § 6. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 1. D. *de veteran. et mil. succ.* (38. 12.)

(10) L. 4. D. *de test. mil.* (21. 1.) § 2. J. *eod.* Questo veramente per la L. 10. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.) cessò di essere un privilegio.

privilegiati in questo che 1) quasi tutte le particolari limitazioni delle disposizioni di ultima volontà cessano rispetto ad essi (11), il che non va soggetto che a poche eccezioni (12); e che 2) le loro disposizioni si debbono rigorosamente intendere ed eseguire alla lettera, anche quando la legge abbiavi per altri casi attribuito un senso particolare e degli effetti particolari (13).

3.° Per ciò che riguarda la forma i soldati 1) possono testare senza alcuna forma, e quindi basta che i medesimi abbiano, quantunque imperfettamente, scritta la loro volontà, o l'abbiano dichiarata innanzi ad alcune persone, che siano in istato di farne testimonianza (14); parimenti 2) possono agli eredi istituiti nel testamento aggiungerne degli altri (15) ne' codicilli testamentari, e 3) se abbiano voluto formare un testamento solenne, ma non abbiano osservata la debita forma, esso nondimeno vale come codicillo intestato (16). La dispensa da ogni forma ha luogo eziandio allorchè i soldati rivocano una disposizione d'ultima volontà, o ne confermano una di già fatta, e nell'ultimo caso la disposizione si dee giudicare secondo i principii sui testamenti militari, anche quando fosse stata fatta prima del servizio militare (17), altrimenti si debbono applicare le ordinarie regole (18). Tutti questi privilegii val-

(11) L. 1. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.). Applicazioni di ciò sono in ispezialtà 1.) che l'istituzione di persone incapaci nel testamento militare è valida (§ 318. Nota 67.): 2.) che i soldati non son tenuti di aver riguardo agli eredi legittimarii (§ 347. Nota 42. § 349. Nota 33. e § 354. Nota 16.); 3.) che i legati da essi disposti non sono soggetti alla deduzione della quarta falcidia (§ 373. Nota 19.); 4.) e che i soldati possono più liberamente che gli altri disporre una sostituzione pupillare (§ 333. Nota 19.).

(12) L. 15. pr. L. 16. L. 28. L. 29. § 1. L. 41. § 1. 2. D. *eod.* L. 11. C. *eod.* L. 22. C. *de haeret.* (1. 5.)

(13) Applicazioni di ciò sono in ispezialtà: 1.) che i testamenti sopra una parte del patrimonio debbono valère semplicemente per questa parte (§ 331. Nota 12. e 15.), per la qual ragione qui possono anche incontrarsi più testamenti insieme (§ 326. Nota 16.); 2.) che sono valide le determinazioni di tempo e le condizioni risolutive aggiunte alla istituzione di erede (§ 313. Nota 30. e 314. Nota 1.); 3.) che qui una specie di sostituzione da sè stessa non include anche un'altra (§ 334. Nota 8.), e che il dritto d'accrescimento non ha luogo se non quando il testatore l'ha volnto (369. Nota 17.)

(14) Caj. II. 109.; Ulp. XXIII. 10.; pr. J. *de mil. test.* (2. 11.) L. 15. § 1. L. 24. L. 35. L. 40. pr. D. *eod.* L. 14. L. 15. C. *eod.*

(15) L. 36. pr. D. *eod.* L. 8. § 4. D. *de codicill.* (29. 7.)

(16) L. 3. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(17) L. 9. § 1. L. 15. § 1. 2. L. 17. § 2. L. 17. § 2. L. 20. § 1. L. 25. L. 34. § 1. L. 38. § 1. D. *eod.* pr. § 4. J. *eod.*

(18) L. 8. § 4. D. *de codicill.* (29. 7.)

gono per tutt'i soldali di qualunque specie o grado (19). Da principio la loro applicazione cominciava fin dal momento che alcuno era iscritto ne'ruoli militari (20); ma più tardi s'inclinò all'avviso, che i privilegi si dovessero restringere al caso che un soldato si trovi fuori dei suoi alloggiamenti, in una spedizione *in expeditione*. Alcuni Imperadori presupposero ciò nelle loro costituzioni, senza però esprimerlo delerminatamente (21); ma Giustiniano in fine dichiarò precisamente che i soli soldati *in expeditione* dovessero godere gli anzidetti favori (22). Le disposizioni, che validamente si son falte secondo il dritto militare, rimangono assolutamente in vigore finchè il soldato serve (23), e la stessa *capitis diminutio minima* del soldato non ha veruna influenza (24). Ma se il testatore ha finito di servire, le disposizioni fondate sopra i privilegi militari han vigore se egli muoia nel termine di un anno (25), ma non già allorchè sia stato congedato per una cagione ignominiosa (26). I privilegi testamentarii dei soldati in generale non sono applicabili alle altre persone appartenenli all'esercito (27). Intanto allorchè queste si trovano con l'esercito nel territorio nemico, anche esse son dispensate da tutte le forme, ma il loro testamento privo delle menzionate forme cessa di aver vigore così tosto come son ritornate (28). Per un certo tempo i privilegi militari furono estesi a segno che anche gl'impuberi, i quali fossero iscritti come uffiziali ne'ruoli dell'esercito, potessero testare; ma nondimeno ciò fu abolito da Giustiniano (29).

(19) L. 20. pr. L. 25. L. 42. L. 43. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. un. § 1. 2. D. *de bon. poss. ex test. mil.* (37. 13.). È degno di notarsi che il Generale non pare essere stato annoverato fra le persone militari; e per lo meno non vi era annoverato il Preside nelle provincie L. 44. D. *de test. mil.* (29. 1.) Confr. L. 37. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(20) L. 42. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(21) L. 1. L. 15. C. *eod.*

(22) L. 17. C. *eod.* pr. § 4. J. *eod.* La L. 7. C. cit. ha un significato del tutto generale, come pure le L. 2. e L. 15. C. *eod.* non si riferiscono semplicemente alla forma. Nel pr. J. *eod.* pare in verità che Giustiniano riferisca la sua disposizione soltanto alla esenzione dalle forme del testamento, cosicchè gli altri privilegi dovrebbero sempre essere applicabili; ma nel § 6. J. *de exher. lib.* (2. 13.) egli con precisione la riferisce anche al contenuto dei testamenti.

(23) § 3. J. *eod.*

(24) L. 22. L. 23. D. *eod.*

(25) L. 21. L. 38. pr. § 1. D. *eod.* L. 5. C. *eod.* § 3. J. *eod.*

(26) L. 26. D. *eod.* L. 2. D. *de his qui not. inf.* (3. 2.)

(27) L. 16. C. *de test. mil.* (6. 21.)

(28) L. 44. D. *eod.* L. un. pr. D. *de b. p. ex test. mil.* (37. 13.)

(29) L. 18. C. *de test. mil.* (6. 21.)

2) Altri casi.

§ 323. Anche gli altri privilegi testamentarii, che non stanno in connessione colla guerra, hanno tutti verisimilmente origine dal tempo degli Imperadori.

1.° Come il più antico fra essi può riguardarsi quel principio d'ignota origine, e che in vero sol per metà qui si può riferire, cioè che quando un testatore, il quale in un suo anteriore testamento abbia istituito ad eredi persone diverse dai suoi eredi *ab intestato*, in un testamento posteriore istituisce precisamente questi eredi, l'ultimo testamento, sebbene non perfetto, rivoca il primo, cosicchè si apre nuovamente la successione *ab intestato* (1). Nondimeno questo principio fu ristretto e determinato da Teodosio II. in modo che l'istituzione degli eredi *ab intestato* non dovesse avere l'effetto indicato, se non quando fosse seguita innanzi a cinque testimoni, e che una siffatta disposizione non dovesse valere se non come un codicillo intestato, dal che si deduce che per tal mezzo si ripristina soltanto la successione *ab intestato*, ma non si può fare veruna diseredazione (2).

2.° In tempo di un morbo dominante, in cui per tema di contagio non si riuniscono volentieri molte persone, vien dispensato dall'unità dell'atto, sicchè il testatore può chiamare anche partitamente i testimoni, per fare con ciascuno separatamente il suo testamento, la qual cosa si trova per la prima volta in un Rescritto di Diocleziano, il quale nondimeno, secondo le sue stesse parole non è la fonte di tal privilegio (3).

(1) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.)

(2) Nov. Theod. II. tit. 16. § 7. L. 21. § 5. C. *de testam.* (6. 23.) Confr. sopra § 310. Note 3.

(3) L. 8. C. *eod.* Se la dichiarazione di questo passo nella Basilic. XXXV. 2. lex. 7., la quale anche per ragione intrinseca è inverisimile, fosse vera, cioè che i testimoni non dovessero venire alla presenza del testatore, ma potessero riunirsi in altro luogo, in cui certamente non potrebbero testificare per propria scienza la legittimità del testamento, cosa che le stesse Basiliche riconoscono l. c. nella seguente lex 8., allora, siccome di già Cujacio Observ. XXVI. 10. ha notato, dovrebbe trovarsi il dativo *morbo oppressis*, giacchè l'accusativo *morbo oppressos* non può riferirsi che ai *testes*. Secondo l'edizione del Codice di *Herrmann* tutt'i manoscritti hanno l'accusativo eccetto soltanto il frammento Veronese di un manoscritto del codice, nel quale si trova *oppresso*. L'opinione di Gothofredo op. min. Lugd. 1733. p. 624. seg. e di *Marezoll* nel giornale del dritto e della proc. civ. IV. p. 77. seg., che la L. 8. C. cit. si debba intendere non già di un male contagioso, ma di un subitaneo debilitamento di forza del testatore, mi pare che in ninna guisa corrisponda alle parole del testo.

3.° Secondo una disposizione di Costantino nei testamenti di ecclesiastici, nei quali sieno manomessi degli schiavi, non si richiede niun testimone, ed in generale niuna formalità (4).

4.° Per rispetto ai testamenti della gente di contado, *rusticani*, tra i quali era radicato il costume di non osservare rigorosamente le forme dei testamenti, Giustiniano per non rigettare in tutto questa usanza dichiarò che in caso di necessità, ma solo in questo caso, fosse sufficiente che si chiamassero semplicemente cinque testimoni, e nel caso che si facesse un testamento per iscritto bastasse anche che vi fosse fra essi un solo che sapesse scrivere, il quale potesse apporre il nome degli altri presso ai loro suggelli. Ma allora il testatore dee far noto ai testimoni l'erede che ha nominato (5).

5.° In fine Giustiniano introdusse anche il così detto *testamentum parentum inter liberos* (6), disponendo (7) che quando un ascendente istituisce ad eredi soltanto discendenti o alcuni o tutti, possa ciò fare senza chiamar testimoni, purchè il testatore scriva di propria mano il testamento ed indichi chiaramente in esso la data, i nomi dei discendenti istituiti, e la porzione che ciascuno dee avere, e di più esprima questa porzione non già in cifre numeriche ma per esteso. L' istituzione di altre persone in un testamento di tal fatta è invalida; ma possono bensì disporsi dei legati in favore di altri; soltanto in questo caso si richiede che il testatore almeno innanzi a due testimoni abbia dichiarato che il tutto sia stato scritto di sua mano, e che sia la sua seria volontà (8). I precedenti privilegii per quanto possono applicarsi anche ai codicilli, debbonsi indubitatamente riferire anche ad essi (9).

(4) L. un. C. Th. *de manum. in eccles.* (4. 7.) L. 2. C. *de his qui in eccles. manum.* (1. 13.)

(5) L. 31. C. *de testam.* (6. 23.). Nel Brachilogo II. 19. § 4. è detto: « Haec autem observantia non solum militibus, sed etiam rusticis remissa est, quocumque enim modo voluntas eorum patet, legitimum sortietur effectum », il che accenna ad un ritorno fatto nel medio evo all' antico abuso corretto da Giustiniano.

(6) *Euler* de test. par. int. lib. Bonnae 1820. e 23. 8.; *Andrea* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 25.; *Fritz* Saggio di una spiegazione storico-dommatica della teorica dei testamenti dei genitori tra i figliuoli Giess 1822. 8.

(7) Le antiche disposizioni di Costantino e Teodosio II. alle quali Giustiniano nella Nov. 107. prooem. si riferisce, sono la L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) e la L. 7. § 2. C. Th. *de testam.* (4. 4.), le quali però possono prendersi in considerazione soltanto nella *divisio parentum inter liberos* § 340., e nella clausola codicillare (§ 324. Nota 18.), e per conseguenza qui possono trasandarsi.

(8) Nov. 107. prooem. e. 1. 2.

(9) Ciò vale segnatamente per la L. 8. L. 31. C. *de test.* (6. 23.)

VIII. Invalidità ed invalidamento delle disposizioni di ultima volontà.

1) *Invalidità.*

A. Generalità.

§ 324. Le disposizioni di ultima volontà del pari che gli altri atti giuridici possono fin da principio essere in tutto o in parte invalide, ovvero invalidarsi di poi (1), ed in amendue i casi anche qui vale la regola che l'invalidità di una parte non nuoce al resto, allorchè questo può sussistere da sè (2).

1.° Ha luogo specialmente una intera nullità 1) allorchè il testatore non ha avuto la capacità di testare, 2) allorchè non si è osservata la forma legale, 3) allorchè tutto il contenuto è invalido, e 4) pei testamenti anche allorchè solo tutte le istituzioni di erede sono invalide, o allorchè si sono trasandati i figliuoli sotto lapotestà del testatore.

2.° Per contrario ha luogo una nullità solamente parziale allorchè solo alcune disposizioni abbiano dei difetti che producono invalidità, o allorchè solo qualche cosa particolare prima che l'atto di ultima volontà fosse solennizzato sia stata dal testatore depennata o cancellata, o nello stesso atto espressamente rivocata. Ed in ciò la nullità di una disposizione porta sempre con sè anche la nullità de' pesi imposti all' onorato; salvochè questi per qualche altra causa fosse pervenuto alla successione, ed il testatore avesse fatto conoscere la sua volontà che tali pesi fossero in ogni caso adempiuti (3). Ma qualunque sia la cagione per la quale una disposizione di ultima volontà o una parte di essa possa essere nulla, si dee osservare come regola il principio, che ciò che è nullo non divien valido perchè di poi sieno cessate le cagioni della invalidità. Uno dei Catoni celebri come Giureconsulti nel 6.° secolo di R. (4) avea pei legati espresso questo principio con la formola che dal suo nome fu chiamata *regula Catoniana:* « *che ogni legato, il*

(1) L. 1. D. *de injusto, rupto, irrito facto test.* (28. 3.) Trattandosi della nullità fin da principio, ne' fonti il testamento vien detto in preferenza *injustum*, e trattandosi di un posteriore annullamento vien detto piuttosto, *ruptum s. irritum.* Ma anche il testamento nullo non di rado chiamasi *irritum* p. es. nella L. 26. C. *de legatis* (6. 37.). Pei legati nulli si adopera specialmente l'espressione tecnica *inutile legatum*, siccome pure le espressioni *testamentum destitutum* ed *inofficiosum* non si applicano che a certi determinati modi di annullamento.

(2) L. 2. D. *de his quae in test. delentur.* (28. 4.)

(3) L. 77. § 23. D. *de legat.* II. (31.) L. 29. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.)

(4) La mia St. § 63.

quale sarebbe invalido, se il testatore fosse morto al tempo che il testamento fu fatto, rimanga invalido in qualunque tempo sia realmente morto » (5); ma da ciò non si può dedurre che questo principio sia stato ristretto ai legati, imperocchè esso non fu meno ammesso per le altre ultime disposizioni (6), e segnatamente anche per le istituzioni di erede (7), e pei fedecommessi (8). Nondimeno questa regola patisce più eccezioni (9): 1) per tutte le disposizioni condiziona-

(5) L. 1. pr. D. *de reg. Caton.* (34. 7.) Confr. L. 41. § 2. D. *de legat.* I° (30.); Caj. II. 244 § 10. 33. J. *de legat.* (2. 20.); Theoph. ad h. l.; *Harnier* de reg. Caton. Heidelb. 1820. 8.; *Guyet* diss. n. 5.; *Rosshirt* nell' Arch. per la prat. civ. vol. X. p. 328. seg.; *Muller* quivi vol. XIV. n. 13.; *Arndts* nel Museo Renano vol. V. n. 9.

(6) L. 201. D. *de R. J.* (50. 17.). « Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. » L. 29. D. *eod.*

(7) L. 210. D. *eod.* « quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest » Caj. II. 123. Si può anche allegare in conferma per Arg. a contrario la L. 4. *de reg. cat.* (34. 7.) » placet Catonis regulam ad *conditionales institutiones* non pertinere », giacchè institutio si adopera sempre soltanto per la istituzione di erede, e la L. 3. D. *eod.* » Catoniana regula non pertinet *ad hereditates*, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem » anche senza l'insussistente emendamento di Cujacio Observ. IV. 5., di leggere cioè *libertates* per *hereditates* non può esser considerata come contraria. Imperocchè quivi non si dee scorgervi altro che la notizia storica, che Catone avea formato la sua regola soltanto pei legati, e che di più ne avea eccettuati quei legati che non si deferivano immediatamente alla morte del testatore. I Giureconsulti Romani ben di frequente stabilivano le loro regole semplicemente per rispetto a qualche rapporto che aveano principalmente a regolare, senza pensare alla più ampia applicazione delle medesime, e quindi non è meraviglia se Catone trattando di legati espresse un principio generale di dritto in una formola ristretta ai soli legati. Un'altra specie di conciliazione trovasi in *Goveanus* Varior. III. 29., il quale riferisce anche all' eredità la frase « quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem » ed intende quel passo del caso quando uno schiavo era stato dichiarato libero ed istituito erede insieme con altri eredi, nella quale ipotesi non diveniva libero ed erede se non quando gli altri eredi eveano accettato, e quindi per lui anche il dies hereditatis post aditam demum eessit hereditatem (L. 21) 22. 31. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.). Ma se questa fosse l'intenzione, il Giureconsulto avrebbe anche aggiunto *ad eas hereditates*, come avea detto *ad ea legata*. Tanto meno è contraria la L. 20. D. *de lib. et posth.* (28. 2.), la quale devesi intendere di una condizione potestativa. V. § 347. Nota 7. *eod.*

(8) L. 4. L. 13. C. *de legatis* (6. 37.) L. 30. § 8. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 8. § 1. D. *de legat.* III. (32.). Non si oppongono L. 1. § 1. 5. L. 7. pr. D. *eod.* Di altra opinione è *Guyet* l. c., ma vedi in contrario *Arndts* p. 247. seg.

(9) Se vi sia luogo ad eccezione quando ad alcuno si lasci in legato la sua propria cosa, e questi posteriormente l'abbia alienata, è una quistione sulla quale si trova una contradizione, giacchè Ulpiano sostiene essere invalida siffatta disposizione L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.), e Celso per contrario ne sostiene la validità L. 1. § 2. D. *de reg. Cat.* (34. 7.). Ma l'opinione negativa è approvata nel § 10. J. *de legat.* (2. 20.) L. 13. C. *eod.* (6. 37.)

li (10), purchè un incapace non sia stato onorato pel caso che divenga capace (11); 2) pei legati che non passano agli eredi, nel qual caso il deferimento non avviene che all' accettazione dell' eredità da parte dell'erede (12); 3) allorchè un testamento per essersi trasandato un figlio sia nullo, ma questo figliuolo omesso abbia rinunziato alla successione e lasciata l'eredità ai suoi germani istituiti (13); 4) allorchè un incapace di testare abbia ordinato un fedecommesso, ma prima della sua morte sia divenuto capace e sia morto senza aver cangiato di volontà (14); e 5) pei fedecomessi a favore di uno schiavo di un deportato, allorchè questi prima della morte del testatore abbia alienato lo schiavo, o ricuperato la capacità di succedere (15). Oltre a ciò quella regola non è applicabile allorchè per nuove leggi siensi imposte delle nuove condizioni per le disposizioni di ultima volontà (16). Il Giureconsulto Servio Sulpizio volea anche che si facesse eccezione pei legati fatti a coloro che stavano sotto la potestà dell'erede, allorchè essi, vivendo il testatore, erano usciti dalla potestà del medesimo; nondimeno questa opinione non prese voga (17). S' intende di per sè che le disposizioni invalide possono divenir valide rinnovandosi, purchè la nuova disposizione non pecchi dello stesso vizio della prima (18); ma l'approvazione di un' ultima volontà invalida o di una disposizione invalida da parte di coloro, ai quali per essa vien tolta qualche cosa, o imposto qualche peso, non produce niuna validità pei terzi, sebbene quei che consentirono vi si trovino legati (19). Al contrario pei testamenti può anche aver luogo una eccezione dalla totale invalidità, per effetto della

(10) L. 4. D. *de reg. Cat.* (34. 7.) L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 86. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Confr. L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

(11) V. § 318. Nota 1. e 2.

(12) L. 3. D. *de reg. Cat.* (34. 7.) L. 17. D. *quando dies* (36. 2.) L. 13. D. *de optione legata* (33. 5.) Confr. L. 23. § 1. L. 25. D. *de manum. test.* (40. 4.) L. 24. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(13) L. 17, D. *de injusto* (28. 3.)

(14) L. 1. § 1. 5. D. *de legat.* III. (32.)

(15) L. 7. pr. D. *eod.* Questo pare essere un residuo di ciò, che per lungo tempo il fedecommesso potè lasciarsi anche ai peregrini.

(16) L. 5. D. *de reg. Cat.* (34. 7.)

(17) Caj. II. 244.; Ulp. XXIV. 23. § 32. J. *de legat.* (2. 20.)

(18) L. 19. pr. § 1. D. *de legatis* I. (30.)

(19) L. 16. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) L. 2. L. 23. C. *de fideicom.* (6. 42.) *Glück* Spiegazione delle pand. vol. XXXVIII. p. 134. seg. Nondimeno la L. 17. D. *de injusto* (28. 3.) contiene in certo modo un' eccezione, ove il consenso in generale rende valido il testamento V. Nota 13.

così detta clausola codicillare, allorchè nel testamento siasi espresso il desiderio che il medesimo in caso di necessità dovesse esser mantenuto almeno come codicillo, e vi concorrano i requisiti di un codicillo, sebbene vi manchino quei di un testamento, nel qual caso gli eredi *abintestato* debbono restituire l'eredità agli eredi nominati, come un fedecommesso universale, presupposto che questi senza lite lascino cadere il testamento come tale (20).

(2 Invalidità per cagione dei vizii della determinazione della volontà.

§. 325. L'errore, la violenza, e il dolo per verità nelle disposizioni di ultima volontà esercitano sulla loro validità altrettanta influenza quanta per gli altri atti giuridici; nondimeno sopra di ciò valgono in parte alcuni principii speciali.

1.° Primamente per ciò che riguarda l'errore è regola generale che bisogna che l'errore sia effettivamente stato la causa delle disposizioni in quel modo che avvedutamente sono state espresse, imperocchè se soltanto per innavvedutezza dello scrittore o anche del testatore medesimo fosse stata scritta qualche cosa diversa da ciò che il testatore intendeva dire, ciò non nuocerebbe quando coloro che vi hanno interesse a conservare la disposizione, potessero dimostrare ciò che veramente si avea in pensiero di esprimere nel suo contenuto (1). Ma anche un errore di tal fatta non è sostanziale che in pochi casi: 1) *come errore nell'indicazione*, quando il testatore A. invece della persona che voleva onorare ha nominato per iscambio un'altra determinata persona, nel qual caso la disposizione cade, perchè il nominato non si avea in pensiere, e quegli che si avea in pensiere non fu nominato (2), ovvero allorchè B. in un legato fu indicato un oggetto totalmente diverso da quel che si avea in mente di legare, nel qual caso vale il medesimo (3), ma degli altri errori nell'indicazione non si fa alcun conto, purchè sia manifesto ciò che s'è inteso, quantunque siasi usato un falso nome (4), o una dimostrazione

(20) L. 7. C. Th. *de testam.* (4. 4.) L. 8. § 1. C. *de codicill.* (6. 36.) Confr. con L. 29. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 41. § 3. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 3. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(1) L. 9. § 2-6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 92. D. *de R. J.* (50. 17.)

(2) L. 9. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(3) L. 9. § 1. D. *de her inst.* (28. 5.) L. 4. pr. D. *de legat.* I (30.) L. 7. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.)

(4) § 29. J. *de legatis* (2. 20.) L. 4. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. § 5. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 4. C. *de test.* (6. 23.) L. 7. § 1. C. *de legat.* (6. 37.)

inesatta (5); 2) *come errore nella causa*, allorchè o A. vien dimostrato che il testatore ha tenuta per vera una causa inesatta, che egli espressamente ha indicata (6), ovvero allorchè B. un onorato evidentemente è stato onorato semplicemente nella presupposizione di una qualità, che egli non ha (7), ovvero allorchè C. un padre ha diseredato o trasandato i suoi figliuoli solo perchè ignorava la loro esistenza (8); 3) *come errore sull' oggetto* di un legato, allorchè il testatore A. ha riguardato come sue alcune cose altrui (9), ovvero B. ha tenuto come esistenti delle cose che non esistevano, e in tale opinione le ha legate (10); finalmente 4) *come errore sullo status*, allorchè il testatore medesimo non sa che egli ha uno *status* che lo rende capace di testare, quantunque effettivamente lo abbia (11). Gli altri errori non rendono nulla una disposizione; ma d'altra parte la nullità di una disposizione procedente da altre cagioni non si evita per la circostanza che essa abbia per fondamento un errore del testatore (12).

2.° Se il testatore per dolo sia stato indotto a testare o fare qualche altra disposizione, per verità i principii sull' errore si applicano anche in questo caso in tutta la loro estensione, ma il dolo è un vizio di maggior portata, e certamente a tutte le disposizioni, che da esso hanno avuto origine, come a quelle che non sono state effettivamente volute dal testatore può venire opposta *l'exceptio doli* da coloro, a cui danno queste

(5) § 30. J. *eod.* L. 48. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 108. § 10. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 8. D. *de dote prael.* (33. 4.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 17. pr. § 1. L. 27. L. 33. L. 34. pr. L. 40. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.); Ulp. XXIV. 19. L. 5. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 2-5. C. *de falsa causa* (6. 44.)

(6) L. 28. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 72. § 6. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 92. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 14. §. 2. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. C. *de falsa causa* (6. 44.)

(7) § 4. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 16. pr. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. pr. § 1. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 5. C. *de testam.* (6. 23.) L. 4. L. 7. C. *de her. inst.* (6. 24.)

(8) L. 9. L. 10. C. *de test. mil.* (6. 21.) L. 25. pr. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 16. § 3. 4. D. *de test. tut.* (26. 2.) Cic. *de Orat.* I. (39.)

(9) § 4. J. *de legatis* (2. 20.) L. 67. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. C. *de legat.* (6. 37.)

(10) § 7. J. *eod.* L. 24. pr. L. 75. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. § 2. D. *de legat.* III. (32.) L. 25. D. *de lib. leg.* (34. 3.)

(11) L. 14. L. 15. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) V. § 317. Nota 42.

(12) L. 2, § 1, L. 6. § 4. L. 14. pr. D. *de jure codicill.* (29. 7.) L. 101. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. un. § 2. 3. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

disposizioni debbano tornare (13), e siccome questa eccezione s'ammette anche come *replicatio doli*, così segue da sè, che dopo già adempiuta la disposizione di ultima volontà compete alle parti anche il dritto di domandare la restituzione di ciò che alcuno per effetto del dolo ha conseguito (14). Soltanto bisogna che il testatore effettivamente sia stato ingannato, e non già indotto semplicemente per via di preghiere e di persuasive (15).

3.° Le regole sul dolo valgono tanto più anche nel caso della violenza, in cui l'autore dee inoltre esser punito criminalmente (16). Nel dolo e nella violenza è da riguardarsi anche il caso inverso, che alcuno per essi sia stato impedito di fare un testamento o di comprendervi delle disposizioni, o di cambiare qualche disposizione già fatta. Qui certamente ciò che si avea in mente di fare ma che fu omesso non si può riguardare nè trattare come fatto, ma ciò che l'autore per effetto del suo dolo o immediatamente o mediatamente dovrebbe conseguire, secondo una prescrizione di Adriano, ricade al Fisco (17), ed egli è tenuto inoltre a risarcir del danno coloro che possono dimostrare ciò che il testatore avea in mente di lasciar loro, e per conseguenza ciò che senza la violenza o il dolo avrebbero ottenuto (18).

3) *Invalidamento.*

§ 326. Le cagioni ben diverse, per le quali le disposizioni di ultima volontà, che da principio son valide, possono di poi divenir caduche sono:

1.° Il sopravvenire di circostanze tali, per le quali la disposizione non può legalmente sussistere (1), la qual causa di estinzione per rispet-

(13) L. 1. § 1. 3. L. 4. § 10. D. *de doli except.* (44. 4.)

(14) Contro un erede adunque può dagli altri eredi intentarsi l'*hereditatis petitio*, e contro un legatario, dal gravato, la *condictio indebiti*; e si può combattere l'*exceptio testamenti* con la *replicatio doli.*

(15) L. 3. D. *si quis aliquem test. prohib. vel coeg.* (29. 6.) L. 3. C. *eod.* (6. 34.)

(16) L. 1. C. *eod.*

(17) L. 2. C. *eod.* L. 1. L. 2. D. *eod.* L. un. D. *quib. non comp. bon. poss.* (38. 13.) L. 16. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(18) L. 88. § 4. D. *de legat.* II. (31.) Nov. 115. c. 3. § 9. L'azione che qui si può adoperare è l'*actio de dolo*, imperocchè il danno proviene da un fatto doloso, che non è di fondamento a verun'altra azione.

(1) Ciò, come nelle obbligazioni (§ 245,) si esprime con la frase forse troppo ampiamente concepita: *testamenta* etc. *perimuntur, si in eam causam inciderunt, a qua incipere non possunt* L. 3. § 2. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.)

to alle singole disposizioni può in più guise verificarsi (2), ma per rispetto all'intera disposizione di ultima volontà non può altramente avvenire se non perchè il testatore patisca una *capitis diminutio*, ovvero mediante un suicidio si sottragga ad una *capitis diminutio*, la quale gli soprasti per pena (3), il che secondo le costituzioni di Adriano e di altri Imperadori qui del pari che nella confisca equivale alla condanna (4). Che se il testatore perde in altra guisa la capacità di testare, ciò non nuoce; imperocchè egli per tal modo non diviene nel tempo stesso incapace di aver un testamento (5), ed anche per la *capitis diminutio* si fa eccezione 1) allorchè il testatore è caduto in potere del nemico, ma di poi o ha ricuperato i suoi dritti mediante il *postliminium*, ovvero è morto nella prigionia, cosicchè vi sia luogo ad applicare per lui la *fictio legis Corneliae* (6); 2) allorchè il testatore ha testato solo sopra i beni castrensi o quasi castrensi, ed ha patito semplicemente una *capitis diminutio minima* (7); e 3) allorchè il testatore caduto per l'arrogazione o la legittimazione sotto la patria potestà, prima della sua morte è divenuto nuovamente *sui juris*, ed ha confermato espressamente la sua prima disposizione (8).

2.° La rivoca del testatore, la quale per regola, finchè è capace di volontà, è sempre libero di fare (9), e può avvenire in più modi: 1) per la formazione di un testamento, imperocchè per questo mezzo tutte le anteriori disposizioni di ultima volontà son rivocate (10), ancorachè ciò

(2) Si contengono degli esempii nella L. 3. § 2. D. cit. L. 17. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(3) Caj. II. 145. 147.; Ulp XXIII, § 4. 5.; § 4-6. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 6. § 5-13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 11. § 2, D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 8. § 3. D *de jure codic.* (29. 7.)

(4) L. 6. § 7. D. *de injusto* (28. 3.)

(5) § 1. 2. 3. J. *quib. non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 18. pr. L. 20. § 4. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 1. § 9. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.)

(6. Ulp. XXIII. 5.; L. 6. § 12. D. *de injusto* (28. 3.) L. 39. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 10. L. 11. L. 12. pr. § 5. L. 18. L. 22, pr. D. *de captiv.* (49. 15.)

(7) L. 6. § 13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. L. 23. D. *de test. mil.* (29. 1.) § 5. J. *eod.* (2. 11.)

(8) L. 11. § 2. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) § 6. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.); Caj. II. 147. L. 8. § 3. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 1. § 8. D. *si tab. test* (38. 6.)

(9) L. 4. L. 17. D. *de adim. vel transfer. leg.* (34. 4.) L. 20. D. *de injusto* (28. 3.). Intorno ad una eccezione veggasi Nota 26-28.

(10) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 1. L. 2. D. *de injusto* (28. 3.); Caj. II. 144.; la circostanza che il nuovo testamento posteriormente sia invalidato natu-

non vi fosse stato espresso (11), o le anteriori disposizioni fossero state dichiarate irrevocabili (12), eccetto A. secondo un' orazione di Pertinace, quando il nuovo testamento fin dal principio è nullo (13), il che si ammette eziandio quando il medesimo non contiene affatto, o contiene delle istituzioni di erede, ma sotto una condizione *in praesens vel praeteritum relata* non verificata (14), o si è formato soltanto nell' opinione erronea che gli eredi da prima nominati fosser morti (15); B. quando un soldato nel nuovo testamento dispone soltanto di una parte del suo patrimonio, nel qual caso il testamento anteriore rimane fermo pel resto (16); C. quando il testamento conferma le disposizioni anteriori, il che eleva i precedenti codicilli a codicilli confermati (17), e per rispetto ad un testamento anteriore produce l'effetto che gli eredi quivi nominati si riguardino come fedecommessarii universali, ai quali i nuovi eredi debbono restituire l'eredità, ma deducendone la quarta falcidia (18); e D. secondo la disposizione di Settimio Severo, quando è evidente che il testatore non ha voluto rivocare gli antichi codicilli (19); 2) mediante la formazione di un codicillo, il quale chiami all' eredità gli eredi *ab intestato* trasandati in un testamento anteriore (20), mentre in altri casi un codicillo non invalida le disposizioni anteriori se non quando contiene un' espressa rivoca o una traslazione delle medesime (21), e neppure può illimitatamente rivocare le istituzioni di erede o tutto il testamento (22); 3) per la volontaria distruzione, rottura, o

ralmente non fa rivivere le disposizioni, che per esso una volta furono rivocate § 2. J. cit. L. 16. D. *eod.* L. 36. § 4. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(11) L. 27. C. *de testam.* (6. 23.)

(12) L. 6. § 2. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(13) § 7. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 7. L. 9. pr. § 1. 3. D. *de liberis* (28. 2.) L. 1. L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) L. 16. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 18. D. *de legat.* III. (32.) L. 12. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 21. § 3. C. *de testam.* (6. 23.)

(14) L. 11. L. 16. D. *de injusto* (28. 3.)

(15) L. 28. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 92. D. *de her. inst.* (28. 5.) Cic. de Orat. I. (39.)

(16) L. 2. D. *de injusto* (28. 3.) L. 19. L. 36. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(17) L. 5. L. 18. D. *de jure cod.* (29. 7.)

(18) § 3. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 12. § 1. D. *de injusto* (28. 3.) L. 29. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(19) § 1. J. *de codicill.* (2. 25.) V. § 310. Nota 11.

(20) V. § 323. Nota 1. 2.

(21) L. 6. § 1. D. *de jure codic.* (29. 7.)

(22) V. Nota 28.

laceramento dell'atto che contiene le ultime disposizioni (23), ma nondimeno nel caso che vi siano più esemplari, la distruzione di un solo non è sufficiente, allorchè non sia provata dagl'interessati l'intenzione del testatore di aver per tal mezzo voluto manifestare la rivoca di tutti (24); 4) mediante la ripresa dei testamenti pubblici e codicilli dagli archivii giudiziarii, ove sono stati formati e deposti (25), e 5) mediante una semplice dichiarazione, nel che però è da distinguere la rivoca delle istituzioni di erede o di tutto il testamento da altri casi. Prima di Giustiniano la rivoca delle istituzioni di erede non era altramente possibile che mediante la formazione di un nuovo testamento o la distruzione del primo (26). Ma una disposizione di Teodosio II. che i testamenti dopo il decorrimento di dieci anni, pel verisimile mutamento di volontà in così lungo spazio di tempo, dovessero divenire inefficaci (27), diede a Giustiniano occasione di disporre che il semplice decorrimento di dieci anni non estinguesse il testamento, ma che la dichiarazione di rivoca potesse produr questo effetto allorchè fosse fatta innanzi a tre testimoni almeno, ed il testamento o già fosse antico di dieci anni, o dipoi durante la vita del testatore fosse divenuto tale (28). Intanto siccome questa disposizione riguarda solo le istituzioni di erede e tutto l'intero testamento, così non può essa riferirsi alle altre singole disposizioni di un testamento nel modo medesimo che non può riferirsi ai codicilli; piuttosto deve qui esser sufficiente non solo la dichiarazione di rivoca contenuta in un codicillo valido (29), ma anche ogni altra dichiarazione (30). Soltanto non devees-

(23) L. 20. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1-3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 1. § 8. D. *si tab. test.* (38. 6.)

(24) L. 4. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.)

(25) L. 18. C. *de testam.* (6. 23.)

(26) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.) § 2. J. *eod.* Non si oppongono L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 1. § 8. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. 4. § 10. D. *de doli exc.*, le quali debbono essere intese soltanto di una cancellazione o rivoca delle istituzioni di erede nel testamento medesimo prima della sua celebrazione.

(27) L. 6. C. Th. *de testam.* (4. 4.)

(28) L. 27. C. *de testam.* (6. 23.)

(29) Per la rivocazione in un codicillo si richiede che questo sia valido; imperocchè quando una disposizione che sta da se è nulla, niuna parte del suo contenuto può avere effetto L. 18. D. *de legat.* III. (32.)

(30) Pr. J. *de adempt. leg.* (2. 21.) L. 14. pr. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 18. D. *de legat.* III. (32.) L. 3. § 11. L. 17. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 4. § 10. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 27. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 5. C. *fam. herc.* (3. 36.)

sere incerto, a quali fra più disposizioni la rivoca si riferisca, imperocchè in tal caso non produce effetto per niuna (31). Pei legati la rivoca viene eziandio presunta allorchè il testatore A. a bella posta e spontaneamente distrugge o aliena l' oggetto dei medesimi (32), ovvero B. più tardi dichiara il legatario come uomo malvaggio od ingrato (33), ovvero C. contrae con esso una inimicizia capitale, senza rappacificarsi nuovamente con lui (34), ovvero D. pel caso del passaggio dell'eredità in altri per sostituzione, trasmissione, o accrescimento ha imposto a costoro dei legati diversi da quelli che aveva imposti agli eredi (35); ovvero allorchè E. vi è traslazione (36), cioè un cambiamento d'un legato in un altro, o perchè nella medesima disposizione di ultima volontà o in un codicillo posteriore (37) sia stato sostituito un altro onorato (38), o un altro gravato (39), o un altro oggetto (40), o perchè siasi aggiunta o tolta qualche condizione o determinazione di tempo (41), nel qual caso, tostochè è certo che non si sia inteso di fare un secondo legato allato al primo, ma una semplice traslazione (42), il legato nella sua prima forma vien sempre ritenuto come estinto (43), anche quando il medesimo nella novella forma non potesse sussistere (44). Nondimeno se la traslazione non si è fatta che sotto condizione, questo effetto presuppone che la condizione si avveri durante la vita di colui che è stato onorato sotto condizione, in caso contrario

(31) L. 3. § 7. L. 14. § 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.). Non si oppone L. 11. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.). V. intorno a ciò *Goschen* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. I. n. 6.

(32) L. 65. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. L. 18. L. 24. § 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.) § 12. 21. J. *de legatis* (2. 20.) L. 3. C. *eod.* (6. 37.)

(33) L. 13. L. 29. D. *de adim. leg.* (34. 7.)

(34) L. 3. § 11. L. 4. D. *eod.* L. 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(35) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(36) L. 5. L. 6. § 1. 2. D. *de adim. leg.* (34. 4.) § 1. J. *eod.* (1. 21.)

(37) L. 9. D. *eod.*

(38) L. 6. pr. L. 30. § 1. 4. D. *eod.*

(39) L. 6. pr. § 1. L. 30. pr. D. *eod.*

(40) L. 6. pr. § 2. L. 9. L. 11. L. 12. L. 31. pr. L. 32. pr. D. *eod.*

(41) L. 6. pr. L. 9. D. *eod.* L. 87. L. 89. 90. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(42) L. 33. L. 113. § 2. 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 44. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.)

(43) V. Nota 36. Non per tanto s'intende da se che il legato, quando nulla siasi mutato per la traslazione si dee interpetrare e giudicare secondo le determinazioni dell'originaria disposizione L. 13. pr. D. *de alim. legatis.* (34. 1.) L. 24. pr. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 95. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(44) L. 20. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 34. pr. D. *de legat.* I. (30.)

rimane la disposizione primitiva (45). Del resto anche le altre rivoche di un atto contenente disposizioni di ultima volontà possono avvenire condizionalmente, ed allora l' onorato del pari dee sopravvivere alla mancanza della condizione, imperocchè nella rivoca condizionale si contiene la condizione opposta, dalla quale la disposizione si fa dipendere (46).

3.° Il non acquisto della successione da parte degli eredi, sia che questi abbiano rinunciato o perduto il loro dritto, sia che sieno morti o in altra guisa decaduti, pel qual mezzo si estingue sempre la disposizione fatta a loro vantaggio, se niun'altro subentra in loro luogo (47), e quando tutti gli eredi vengono meno, diviene invalido tutto il testamento, il quale allora vien detto abbandonato, *testamentum destitutum* (48), il che patisce eccezione soltanto nel caso che può aver luogo l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* (49).

4.° La perdita o distruzione dell'atto che contiene le ultime disposizioni, allorchè non si può più conoscerne il contenuto, quantunque allora esso sia invalidato soltanto di fatto e non di dritto, giacchè sebbene il Pretore concedeva la *bonorum possessio secundum Tabulas* solamente a coloro che poteano produrre nell'originale il testamento, sul quale si fondavano (50), pure non si escludeva con ciò la facoltà di far valere un atto di ultima volontà annientato o perduto, purchè se ne potesse dimostrare il contenuto, anche quando il testatore medesimo, ma per inavvertenza, ne avesse effettuata la perdita (51).

5.° La rescissione del testamento da parte degli eredi legittimarii, i cui particolari si rannodano ad altra materia (52).

(45) L. 7. L. 8. L. 10. § 1. L. 30. § 4. D. *de adim. leg.* (34. 4.)

(46) L. 10. pr. D. *eod.* L. 107. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 6. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(47) Mediante sostituzione, trasmissione etc.

(48) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) § 2. J. *de lege Falc.* (2. 22.) L. 9. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 1. D. *de injusto* (28. 3.) L. 12. § 5. D. *de bon. lib.* (38. 2.) L. 181. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. L. 38. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 49. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(49) V. § 343.

(50) L. un. D. *si tab. test. nullae ext.* (37. 2.) L. 1. § 2-4. 7. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(51) L. 20. D. *de injusto.* (28. 3.) L. 1. § 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 10. § 2. D. *testam quemadm. aper.* (29. 3.) L. 2. L. 11. L. 30. C. *de testam.* (6. 23.)

(52) V. cap. 5.

6.° Il mancare delle condizioni aggiunte, la qual cosa nelle disposizioni condizionali produce il medesimo effetto che quando l'onorato per altre ragioni non abbia acquistato (53), ma secondo il disposto di Giustiniano patisce una singolare eccezione nel caso che il legato sia fatto sotto la condizione che il gravato non lasci figli, imperocchè qui l'entrata del gravato in un monastero, o un voto di castità deve estinguere il legato, salvo quando il medesimo sia destinato ad una causa pia (54).

7.° L'invalidamento di un testamento, pel quale per regola cadono (55) anche i codicilli testamentarii (56), come pure le sostituzioni pupillari (57).

8.° Pei legati, dopo il sopravvenire di quei tali avvenimenti, che estinguono i crediti senza che il creditore sia stato soddisfatto (58), come la perdita fisica o giuridica della cosa legata, avvenuta però senza colpa del gravato (59), ovvero allorchè il legatario l'acquista per altra via a titolo gratuito (60).

9.° Per le nomine di tutori fatte nel testamento, anche il rifiuto della conferma del magistrato, ove questa sia necessaria (61). Per l'invalidamento delle disposizioni di ultima volontà non è veramente stabilita una regola simile alla Catoniana, nondimeno se la cagione dell'invalidamento venga a cessare, la disposizione una volta estinta non rivive se non quando possa dimostrarsi ciò esser conforme alla volontà del testatore (62), sebbene si incontri qualche eccezione (63).

(53) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.)

(54) L. 53. § 2. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 123. c. 37.

(55) Intorno all'eccezioni veggasi § 350. Nota 42. § 351. Nota 12.

(56) L. 3. § 2. L. 14. pr. D. *de jure codicill.* (29. 7.)

(57) V. § 333. Nota 9.

(58) V. § 245.

(59) § 16. 17. J. *de legatis* (2. 20.) L. 36. § 3. L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(60) § 6. J. *eod.* L. 34. § 1. 2. 7. 8. D. *de legat.* I. (30.) L. 21. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

(61) V. § 134. Nota 9 e 10.

(62) L. 15. D. *de adim. legat.* (34. 4.)

(63) Non è se non un'eccezione di tal falta, che da un testamento rotto per la nascita di un postumo si dia la *bonorum possessio secundum tabulas*, quando il postumo premuore al testatore L. 12, pr. D. *de injusto* (28. 3.)

IX. Esecuzione degli atti di ultima volontà.

1) *Apertura dei medesimi.*

§ 327. È ignoto se il dritto Romano antico di già contenesse delle prescrizioni sull'apertura degli atti di ultima volontà; ma la *lex Julia de vicesima hereditatum* (1), per assicurare la tassa ereditaria da essa introdotta, fece delle disposizioni sull'apertura dei testamenti (2), le quali da Senatoconsulti e Costituzioni furono maggiormente ampliate, ed estese ai codicilli (3). L'apertura devesi fare giudiziariamente (4); il perchè il giudice competente deve imporre la presentazione dell'atto di ultima volontà a coloro che lo tengono nelle loro mani (5). Or pei testamenti pubblici è competente esclusivamente il Tribunale, innanzi al quale essi si son formati (6), ma pei testamenti privati, se il testatore non abbia mostrato il desiderio che l'apertura si facesse nel luogo del suo domicilio (7), è competente il tribunale del luogo o del Circondario ove il testamento si conserva, in Roma il Pretore, nei Municipii il magistrato municipale, nelle Provincie il Governatore (8), ed in Costantinopoli, secondo la disposizione di Giustino, il *Magister census* (9). Se si abbiano ancora dei dubbii sulla morte del testatore, è in prima da fare un esame intorno a ciò (10); nel caso opposto, senza por tempo in mezzo, al più tardi fra cinque giorni si deve procedere all'apertura (11), e non può allegarsi in contrario alcun mezzo legale (12). Per questo atto si debbono citare tutti quei testimoni del testamento che sarà possibile di avere, affinchè riconoscano i loro suggelli e le sottoscrizioni (13), e se alcuno fra essi non possa venire, deve inviarsegli, se è

(1) La mia St. § 98. n. III.
(2) Paul. S. R. IV. 6.
(3) L. 4. C. *quemadm. test. aper.* (6. 32.)
(4) Paul. l. c. L. 4. L. 5. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.) L. 1. L. 4. C. *eod.*
(5) L. 1. C. *eod.*
(6) L. 18. C. *de testam.* (6.23.)
(7) L. 2. C. *quemadm. test. aper.* (6.32.)
(8) Paul. l. c. § 2. L. 2. § 4. L. 4. L. 7. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(9) L. 23. C. *de testam.* (6. 23.)
(10) L. 2. § 4. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)
(11) Paul. l. c. § 3.
(12) L. 7. pr. D. *de appell. recip.* (49. 5.) L. 26. C. *quor. appell. non recip.* (11. 36.) L. 6. C. *eod.* (7.65.)
(13) Paul. l. c. § 1. L. 6. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

possibile, il testamento nello scopo che ne faccia la ricognizione (14). In difetto di testimoni il Giudice deve invitare alcuni uomini degni di stima, alla cui presenza il documento viene aperto, letto, trascritto, e suggellato di nuovo col suggello del magistrato (15). Secondo la *lex Julia* l'originale nuovamente suggellato dovea propriamente rimanere nell'Archivio del Tribunale, affinchè in caso di necessità se ne potessero sempre estrarre delle copie (16), intanto si ammise che esso potesse anche essere affidato alla custodia dell'erede principale (17), ed in generale pare che quella prescrizione non fosse dai Romani rigorosamente osservata (18). Se son più gli esemplari, non è necessario aprirne che un solo, ma l'apertura di una semplice copia non è sufficiente (19). In quanto ai codicilli, è naturale che siano aperti tutti (20). Del rimanente è in libertà del testatore di stabilire che qualche disposizione non sia aperta prima di un determinato tempo, o che qualche cosa non sia letta in pubblico (21); e specialmente i testamenti pupillari, anche senza una disposizione di tal fatta, non si debbono aprire prima della morte del pupillo (22). Siccome, secondo l'antica usanza, gli schiavi di una persona uccisa doveano essere esaminati col mezzo della tortura (23), su di che il *Sctum Silanianum* sotto Augusto a. di R. 763 avea stabilito delle precise disposizioni (24), e le persone libere per regola non poteano esser sottoposte a tortura, così per un Editto Pretorio di data ignota (25) fu vietato sotto una pena, che le disposi-

(14) L. 7. D. *eod.*

(15) Paul. l. c. § 1. 2.; L. 6. L. 7. D. *eod.* L. 1. L. 2. C. *eod.*

(16) Paul. l. c. § 1.

(17) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 6. D. *de fide instrum.* (22. 4.) L. 9. C. *commun. utriusque judic.* (3. 38.)

(18) Si può allegare in comprova l'*edictum de tabulis exhibendis* (§ 274.), il quale presuppone che le ultime disposizioni del testatore potessero facilmente cadere nelle mani altrui. Per verità quest'interdetto fu senza dubbio più antico che la *lex Julia de vicesima hereditatum*, ma l'avere i Giureconsulti classici scritto tanto sopra di esso mostra l'importanza del medesimo, mentre questa avrebbe dovuto essere ben poca se i testamenti si fossero sempre conservati nei pubblici Archivii.

(19) L. 10. pr. L. 12. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(20) L. 11. D. *eod.*

(21) L. 8. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(22) L. 8. L. 9. D. *eod.*

(23) Cic. ad famil. IV. 12.; Tacit. ann. XIV. 42.

(24) La mia St. § 101. n. 1.

(25) Secondo la L. 3. § 18. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) pare essere stato più recente che il *Sct. Silanianum*, imperocchè Ulpiano qui si esprime in modo, come se l'Editto avesse avuto relazione al Senatoconsulto. Nondimeno ciò potrebbe essere inesatto, impe-

zioni di ultima volontà di una persona uccisa si aprissero prima che l'esame fosse finito; imperocchè le manomissioni testamentarie incontanente che si apre il testamento producono il loro effetto, e per conseguenza gli schiavi manomessi dall' ucciso per la sollecita apertura del testamento sfuggirebbero alla tortura (26). Contro colui che faccia il contrario ha luogo un'azione popolare portante la pena di 100 solidi, di cui la metà va all'attore, e l'altra ricade al Fisco (27), e se quegli sia un' erede dell'ucciso, diviene anche indegno di succedere (28). Intanto quest' azione per effetto d' un Senatoconsulto fatto l' a. di R. 764 (*M. Aemilio Lepido*, *T. Statilio Tauro Cons.*) si prescrive in cinque anni (29). Ma affinchè quegli schiavi, che son manomessi sotto una condizione da doversi adempiere in un determinato tempo, per la tarda apertura del testamento non rimangano privi della libertà, possono per via della restituzione ottenere il permesso di adempiere la condizione anche dopo il decorrimento del termine (30). Secondo un Sct. *Neronianum* s. *Pisonianum* dell'an. di R. 810 (57. dopo Cr.) l' inquisizione nel caso di uccisione di una moglie devesi anche estendere agli schiavi del marito (31), e secondo un Senatoconsulto sotto Trajano, anche ai libertini, che l'ucciso avea manomessi in vita (32); per la qual ragione per l' apertura del testamento, deve attendersi che l' inquisizione si compia anche contro costoro. Per le disposizioni fatte a voce per verità non può trattarsi di una vera apertura; ma siccome qui l' esame dei testimoni tien luogo dell'apertura, così i principii che valgono per quest'ultima debbono per analogia estendersi anche a quello (33); e però qui il magistrato competente deve udire i testimoni anche di ufficio, ma l'esame de'medesimi del pari non può aver luogo, prima che sia compiuta l'istruzione contro gli schiavi del testatore ucciso.

rocchè dal perchè l' Editto parla non del fisco ma dell' *aerarium populi* L. 25. § 2. D. *eod.* si può dedurre che esso appartenga ad un tempo più antico.

(26) L. 3. § 18 32. L. 13. L. 23. L. 21. L. 25. § 2. L. 27. D. *eod.*

(27) L. 25. § 2. D. *eod.*

(28) V. § 301. Nota 31.

(29) L. 13. D. *eod.* Questo Senatoconsulto è da aggiungersi al § 101. della mia St.

(30) L. 3. § 31. 32. D. *eod.*

(31) Paul S. R. III. 5. § 5.

(32) L. 10. § 1. L. 11. D. *eod.* Confr. la mia St. § 105. Nota 2. Forse questo è il *Sct. Claudianum*, di cui fa menzione la Rubr. D. *de Sct. Silaniano et Claudiano* (29. 5.)

(33) Non si oppone la L. 10. § 1. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

2) Pruova (*)

§ 328. Colui che si fonda sopra un atto di ultima volontà dee provare che il medesimo sia stato fatto, e che contenga quelle disposizioni, sulle quali egli fonda il suo preteso dritto. Ma egli non è tenuto a dimostrare la mancanza di difetti nelle solennità dell' atto, o di altre cagioni d' invalidità, come neppure è tenuto a provare che non sia seguita alcuna rivoca, ma invece la pruova di questi tali difetti forma parte della contropruova (1).

1.° Or in quanto 1) siavi una scrittura contenente le disposizioni di ultima volontà, per la pruova del contenuto basta la presentazione del documento. Ma se s'impugni la sua legittimità o validità, allora si deve anche provare che il testamento provenga effettivamente dal testatore di cui si fa quistione, e che sieno stati intrapresi gli atti necessarii per la legittima formazione del medesimo, il che pei testamenti pubblici si fa principalmente col produrre il protocollo del magistrato, innanzi al quale si è testato, o un certificato rilasciato da questo magistrato, e pei testamenti privati con l'esame de'testimoni, i quali pel rifiuto della loro testimonianza, secondo le dodici Tavole divenivano intestabili (2). Nell'ultimo caso si debbono esaminare tutti quei testimoni che ancora si possono trovare; ma non nuoce che ne manchino alcuni (3); piuttosto anche qui due testimoni debbono far piena pruova (4), ed anche quando una parte di essi non riconosca i suoi suggelli per questo non si distrugge totalmente la pruova, ma diviene soltanto incompiuta (5). Se non si può avere alcuno attestato giudiziario, o alcuna testimonianza dei testimoni intervenuti al testamento, allora sono ammessi altri mezzi di pruova (6). I medesimi principii debbono in generale applicarsi anche allorchè 2) l'atto di ultima volontà non esista più, imperocchè per questo non si toglie la validità del medesimo (7), ma per questo caso non si trova alcuna speciale disposizione intorno alla pruova.

(*) *Gluck* opusc. fasc. I. n. 1.; *Faber* de error. pragmat. LXVII. 1-7.

(1) V. § 75. Nota 7. e L. 47. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 20. C. *de testam.* (6. 23.)

(2) Gell. XV. 13.

(3) L. 4-7. D. *testam. quemadm. aper.* (29. 3.). Non si oppongono L. ult. C. *de edicto divi Hadr. toll.* (6. 33.) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.). Di altra opinione è *Gluck* l. c.

(4) L. 12. D. *de testib.* (22. 5.)

(5) L. 1. § 2. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(6) Nov. 73. c. 7.

(7) V. § 326. Nota 49.

Soltanto, siccome qui non ha luogo la produzione del testamento, così il contenuto deve sempre per altra via venir dimostrato (8).

2.° Per le disposizioni fatte a voce non si può immaginare altro genere di pruova, che l'esame dei testimoni o il deferimento del giuramento (9). Nondimeno non si vede alcuna ragione per limitare la pruova testimoniale esclusivamente ai testimoni intervenuti nel testamento, allorchè questi per avventura non si trovino più, ma oltre di essi anche altri sieno stati presenti all'atto del testare; solamente, nel così detto *fideicommissum heredi praesenti injunctum* è vietato anche di udir per testimoni queste tali persone, giacchè qui la pruova si dee fare soltanto mediante il deferimento del giuramento (10).

3) Interpetrazione.

§ 329. Una cosa importante nell'esecuzione delle disposizioni di ultima volontà è l'interpetrazione delle medesime, sulla quale in caso di contestazione il giudice dee decidere (1). Su tal materia è stabilito come regola il principio: *ultimae voluntates benigne interpetrandae sunt*, cioè si dee procedere con indulgenza, il più che si può, quando una stretta interpetrazione letterale menerebbe l'invalidità della disposizione, o presenterebbe un senso che si opporrebbe all'intenzione del testatore (2). Da questo principio dipende che la manifesta volontà del testatore non solo prevale allorchè le parole hanno un doppio senso (3), o contengono una contradizione (4), ma è preferita eziandio

(8) Forse mediante l'esame del magistrato, o dei testimoni testamentarii, quando il testatore ha letto in loro presenza la disposizione di sua volontà, o mediante l'esame di terze persone, alle quali il testatore ha comunicato il contenuto del suo testamento, o mediante la produzione delle copie esistenti etc.

(9) Un così detto *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*, quando i testimoni l'hanno scritto per se medesimi separatamente o in comune, come una semplice scrittura privata non può provar nulla, e la stessa dichiarazione lasciata dal morto, che egli abbia testato in presenza dei testimoni, e abbia disposto la tal cosa in loro presenza, non può sostituire il formale testamento.

(10) L. 32. C. *de fideicomm.* (6. 42.) V. § 321. Nota 6.

(1) L. 7. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(2) L. 12. § 2. L. 22. pr. D. *de usu et hab.* (7. 8.) L. 16. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 11. § 1. L. 24. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 19. pr. L. 101. pr. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 33. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 12. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 7. C. *de testam.* (6. 23.) L. 3. C. *de lib. praeter.* (6. 28.) Nov. 1. c. 1. § 4.

(3) L. 22. L. 25. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 33. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 11. D. *de jure delib.* (28. 8.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(4) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 88. pr. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

alle parole chiare (5), allorchè per inavvedutezza si è detta una cosa diversa da ciò che il testatore intendeva dire (6), o allorchè sonosi adoperati falsi nomi e false dimostrazioni (7). Soltanto 1) si richiede che la volontà effettiva sia certa (8), e però A. bisogna prender le mosse da disposizioni chiare e non già da semplici ragioni di verisimiglianza (9), B. le disposizioni pienamente oscure e contraddittorie son caduche, senza che vi si possa per espediente attribuire un senso (10), e C. le disposizioni, che presentano due sensi, nelle quali s'ignora assolutamente il pensiero del testatore, debbono del pari restar prive di esecuzione (11). Inoltre 2) l' indulgenza non deve estendersi tant'oltre, che si suppliscano delle disposizioni avute soltanto in mente ma non espresse, neppur quando per errore o per equivoco siasi posta in loro vece qualche cosa diversa nella disposizione di ultima volontà, nel qual caso piuttosto non dee valere nè quel che si è detto nè quel che si è avuto in pensiere (12). Allato a questi principi generali s'incontrano eziandio parecchie altre regole d'interpetrazione, le quali si riferiscono soltanto a certe disposizioni, e che per tal ragione parte nel trattar delle medesime si sono già osservate, e parte sono ancora da indicare (13). Nel resto valgono anche qui i principi ordinari sull'interpetrazione degli atti giuridici, segnatamente 1) che nella dichiarazione delle espressioni

(5) L. 69. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(6) L. 9. § 2-7. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. C. *de testam.* (6. 23.)

(7) § 29. 30. J. *de legat.* (2. 20.) L. 4. L. 108. § 10. D. *de legat.* I. (30.) L. 17. L. 33. pr. § 1. 2. L. 34. L. 40. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 4. C. *de testam.* (6. 23.)

(8) L. 69. pr. D. *de legat.* III. (32.) « Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem ». L. 4. C. *de testam.* (6. 23.)

(9) L. 25. § 1. D. *de legat.* III. (32.) « Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio ».

(10) L. 188. pr. D. *de R. J.* (50. 17.) L. un. D. *si tab. test. ext.* (37. 2.) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 2. D. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. 5. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 16. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(11) L. 62. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 3. § 7. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 28. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 27. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 31. D. *de manum test.* (40. 4.) Fragm. Vat. § 227. Non si oppone L. 11. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.) V. § 326. Nota 31.

(12) L. 9. pr. § 1. 5. 6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 4. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 7. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.) L. 3. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 8. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(13) Veggasi p. es. il § 313, Nota 6-11.

usate bisogna por mente all'uso di parlare del testatore, del luogo, e del tempo, allorchè siavi un uso di tal fatta (14), 2) che una disposizione posteriore, che sta in opposizione con una precedente, si vuol preferire a questa, purchè non sia evidente che la disposizione posteriore non sia affatto proceduta da un cambiamento di volontà (15), 3) che per le somme e quantità dubbiose milita la presunzione per la quantità minore (16), e 4) che allorchè ha luogo una ambiguità di tal fatta che si debba scegliere tra un senso ragionevole e valido o un senso sciocco ed inammessibile, il primo deve ammettersi come il senso voluto dal testatore (17).

4) Esecutori testamentari. (*)

§ 330. In generale è lasciato ad ognuno di vegliare egli stesso affinchè ottenga ciò che secondo una disposizione di ultima volontà gli appartiene, e di far valere per questo rapporto il suo dritto contro coloro che vogliono torgli o non consegnare qualche cosa; ma per eccezione può anche essere imposto ad altri di provvedere all' esecuzione delle ultime volontà.

1.° Ciò avviene per volontà del testatore 1) allorchè per modo di convenzione mediante un mandato egli ha incaricato alcuno di aver cura di qualche cosa dopo la sua morte, il che per verità non è permesso nè efficace che in una estensione molto ristretta (1); 2) allorchè nello stesso atto di ultima volontà si è nominato alcuno ad oggetto di riceversi un legato per impiegarlo conformemente al suo scopo (2), e questi

(14) L. 35. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 50. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 75. L. 99. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 18. § 3. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 34. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 2. C. *de verb. sign.* (6. 38.)

(15) L. 12. § 3. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 4. L. 17. L. 28. D. *de adim. legat.* (34. 4.). Una eccezione si contiene nelle L. 35. L. 87-90. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 1. D. *de man. test.* (40.4.) V. § 313. Nota 9.

(16) L. 14. § 1. L. 39. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 43. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 29. § 1. L. 75. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. L. 34. D. *de R.J.* (50. 17.). Secondo la L. 29. § 1. D. *de legat.* III. (32.) pare che l'autorità di Labeone fu la prima che indusse a riconoscere generalmente questo principio.

(17) L. 13. L. 22. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 67. D. *de R. J.* (50. 17.) Confr. L 16. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2)

(*) *Scholz* Intorno gli esecutori testamentarii Altenburg. 1841. 8.

(1) V. § 263. Nota 71-74.

(2) L. 96. § 3. L. 107. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. L. 8. L. 9. pr. L. 10. pr. D. *de alim. legat.* (34. 1.) L. 7. D. *si cui plus quam*

allora vien detto *dispensator legati* o *minister* (3), e può agire contro il gravato per la consegna del legato, come pure per la prestazione della *cautio legatorum servandorum causa* allorchè il legato è condizionale o a termine (4), in quanto non gli debba essere affidata l' intera eredità (5); anzi secondo un Rescritto di Antonino Pio allorchè egli è uno degli eredi (nel qual caso se viene a morire, la sua funzione passa a'suoi eredi) può anche trattenere per sè ciò che rimane del legato dopo l' adempimento dello scopo (6), ma dee prestar cauzione al gravato per l'esatto adempimento del legato, giacchè l' onorato può anche direttamente rivolgersi contro costui (7); 3) allorchè sono stati nominati degli eredi, ai quali il testatore ha vietato la deduzione della quarta falcidia, siccome può avvenire secondo una disposizione di Giustiniano (8), per la quale è divenuto possibile che si nomini un erede pel solo scopo di regolare il patrimonio e quindi spenderlo tutto in legati; ma per costoro, siccome essi valgono tuttavia come veri eredi, non han luogo tutte quelle incertezze intorno ai loro dritti e alle loro obbligazioni, le quali riguardo agli attuali esecutori testamentarii generali s' incontrano così nella pratica come nella teoria.

2.° Oltre a ciò sonovi ancora dei casi, nei quali anche senza una disposizione del testatore a ciò relativa alcuno dee prender cura delle disposizioni di ultima volontà: 1) Siccome si è di già osservato gli eredi hanno il dritto di vegliare all'osservanza del *modus* imposto ad un coerede o legatario (9); 2) pei legati, ai quali più persone debbono ripetutamente contribuire, il giudice del testatore può nominare qualcuno il quale esigga e spenda ciò che si è contribuito (10); e 3) allorchè si è disposto in favore dei poveri o dei prigioni di un luogo, ed il testatore non ha nominato alcun *dispensator*, compete al Vescovo del luogo la facoltà di esigere e dispensare il legato (11).

per leg. Falc. (35. 3.) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 28. § 1. 3. C. *de episc.* (1. 3.) Nov. 131. c. 11. *Cujacius* tract. ad Africanum, tract. II. ad leg. 107. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.) Nov. Martiani tit. V. *de testam. clericorum* § 1.

(4) L. 96. § 3. D. *de legat.* II. (30.) L. 9. pr. D. *de alim. legat.* (34. 1.)

(5) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 9. pr. D. *de alim. leg.* (31. 1.)

(6) L. 8. D. *eod.* L. 7. D. *si cui plus quam per leg. Falc.* (35. 3.) Confr. L. 17. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(7) L. 107. D. *de legat.* I. (30.) L. 78. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(8) Nov. 1. c. 2. § 2. V. § 311. Nota 36. Confr. anche L. 49. § 4. C. *de episcopis* (1. 3.)

(9) V. § 314.

(10) L. 3. D. *de alim. legat.* (34. 1.)

(11) L. 28. L. 49. C. *de episcopis* (1. 3) Nov. 131. c. 11.

CAPITOLO III.

DELLA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA.

I. Istituzione di erede in generale.

§ 331. L' istituzione di erede, sulla quale è fondata la successione testamentaria, e nella quale sta l'essenza di un testamento, per la qual ragione, secondo il dritto antico, si richiedeva che assolutamente stesse innanzi a tutte le altre disposizioni (1), si divide; 1) in istituzione necessaria e volontaria, secondo che siano istituiti eredi legittimarii, che non si possono arbitrariamente trasandare, ovvero altre persone, e 2) in istituzione diretta, *institutio heredis directi* s. *primi gradus*, ed in sostituzione. Quella è la nomina dell' erede che deve succedere immediatamente al testatore; questa è la nomina di coloro che debbon subentrare in luogo di un altro, il che può incontrare in varie guise, e però si possono distinguere vario specie di sostituzioni. In tutti i casi le condizioni sospensive son certamente ammesse (2), sebbene per l'istituzione di eredi legittimarii si ammettano soltanto quelle che son potestative per l'erede nominato (3), ma le condizioni risolutive, e le determinazioni di tempo sono al tutto escluse (4). Se sieno stati istituiti più eredi, allora occorre di determinare le loro parti, le quali possono essere interamente disuguali. Or 1) se il testatore non ha indicato alcuna parte, allora ciascuno ottiene una porzione virile, *portio virilis*, cioè tutti ricevono una porzione eguale (5), eccetto allorchè alcune persone sono state congiunte insieme dal testatore, *conjuncti*; imperocchè queste allora si ritengono in certo modo come una sola persona, e tutte insieme non ricevono che una sola parte (6). Ma una congiunzione di tal fatta viene ammessa non solo allorchè A. il testatore per rispetto ad alcuni abbia dichiarato espressamente che debbono

(1) V. § 315. Nota 4.

(2) § 9. 11. D. *de her. inst.* (2. 14.) L. 27. § 1. 2. D. *eod.* (28. 5.) L. 5. L. 17. D. *de cond. inst.* (28. 7.) Confr. § 313. Nota 9. e 10.

(3) V. § 313. Nota 52. e 53.

(4) V. § 313. Note 54-57. § 314. Nota 1-4.

(5) L. 9. § 12. D. *de her. inst.* (28. 5.) § 6. J. *eod.* (2. 14.). Ciò vale anche allorchè più persone sono istituite alternativamente L. 4. C. *de V. S.* (6. 38.) V. § 316. Nota 15.

(6) L. 15. pr. L. 17. § 1. 2. L. 20. § 2. L. 59. § 2. 3. L. 63. D. *eod.*

tutt' insieme esser computati per una sola persona o che non debbano ottenere se non una sola parte, nel qual caso essi son chiamati semplicemente *re conjuncti*, ma anche B. allorchè alcuni degli eredi sien compresi in una sola proposizione ovvero sotto un solo numero, nel qual caso son detti *re et verbis conjuncti* (7), presupposto che nell'ultimo caso una contraria intenzione del testatore non sia stata espressa (8), o almeno non risulti manifestamente dalle circostanze (9), giacchè una semplice *verbis conjunctio* per la congiunzione di più in una sola proposizione, senza la intenzione di esprimere con ciò la loro congiunzione anche per rispetto alla parte ereditaria, non è da tenersi in conto (10). 2) Se per ciascuno erede siasi indicata la quota che egli debba conseguire, allora la divisione si dovrà fare secondo questa disposizione, e se le quote non corrispondono all' unità che si vuol distribuire, allora devesi a ciascuno proporzionatamente aggiungere o togliere qualche cosa (11), il che solo pei soldati patisce eccezione in questo, che costoro possono validamente testare anche sopra una semplice parte del loro patrimonio, e però allorchè essi abbiano istituiti degli eredi in parti che non esauriscono tutto il patrimonio, ciò che rimane ricade agli eredi *ab intestato* (12). 3) Allorchè insieme con gli eredi istituiti in parti determinate sieno nominati degli altri senza indicazione di parti, e A. quelle parti non esauriscono l'intera eredità, gli altri ottengono sempre ciò che rimane; e questo dividesi fra loro in quel modo medesimo che si fa la divisione allorchè nulla si è detto intorno alle parti; ma B. se quelle parti esauriscono o oltrepassano l'ammontare del patrimonio, allora si vuol distinguere se gli eredi, pei quali il testatore non ha indicato alcuna parte, sieno stati istituiti solo pel rimanente, ovvero in modo assoluto, giacchè essi nel primo caso non ricevono nulla, se pure pel mancare degli eredi con parti determinate non sia per avventura rimasta qualche cosa, ma nel se-

(7) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 59. § 2. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) Come se si dicesse: istituisco erede 1) il figliuolo del mio premorto fratello Cajo, 2) i tre figliuoli del mio premorto fratello Tizio, e tutti e quattro debbono aver porzioni eguali L. 13. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(9) Così segnatamente allorchè soltanto l'erede nominato in ultimo luogo è congiunto col penultimo mediante la congiunzione « e » L. 66. D. *de her. inst.* (28, 5.)

(10) L. 66. D. cit. L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.)

(11) § 7. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 13. § 1-4. D. *eod.* (28. 5.)

(12) L. 6. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 2. C. *eod.* (6. 21.) L. 19. § 2. D. *de castr. pecul.* (49, 17.)

condo caso si deve sempre lasciar loro un residuo, facendo, secondo che è necessario, un *dupondium*, o un *tripondium*, o un *quadrupondium*, vale a dire riducendo le porzioni indicate dal testatore alla metà, o al terzo, o anche al quarto (13). 4) E da ultimo se sieno istituiti degli eredi per cose o somme determinate, *heredes ex re certa* s. *ex parte quanta*, allora questi A. se si trovano con altri istituiti in parti determinate, o senza indicazione di parti, si ritengono come semplici legatarii, ai quali gli altri eredi non debbono dare che le cose o le somme determinate; ma al contrario B. allorchè non son nominati altri eredi, o allorchè questi per qualsivoglia ragione vengono a mancare, essi divengono al tutto eredi, e per tal modo, che ciascuno preleva per anteparte le cose o le somme a lui attribuite, ma il rimanente poi si divide in quel modo medesimo che si osserva quando nulla si è detto intorno alla divisione (14). Solo pei soldati ciò patisce anche una eccezione, imperocchè anche qui vengono innanzi gli eredi *ab intestato* (15). Se il testatore abbia più volte ripetuto l'istituzione di un erede, senza ripeter quella di un altro, ciò è indifferente (16). Se i discendenti del testatore istituiti abbiano da lui ricevuto ciascuno una *dos* o *donatio propter nuptias*, ma questa per alcuni a cagione dello scioglimento del matrimonio sia già ritornata al testatore, mentre gli altri conservano tuttavia la loro, allora quelli, secondo la disposizione di Giustiniano, debbono nella divisione avere anche per anteparte la *dos* o *donatio propter nuptias* che fu loro assegnata (17). Se si trovino più testamenti contemporaneamente formati, tutti si debbono riguardare come un solo testamento, e però gli eredi in essi istituiti concorrono insieme, e debbono divider tra loro l'eredità non altrimenti che più eredi nominati nello stesso testamento (18). Un caso d'istituzione di erede che per più riguardi si distingue è quando un testatore insolvibile istituisce ad erede uno dei suoi schiavi, affinchè il

(13) § 6. 8. J. *de her. inst.* (2. 14.) L. 17. § 3-5. L. 18. L. 77. D. *eod.* L. 23. pr. C. *de legat.* (6. 37.)

(14) L. 1. § 4. L. 10. L. 35. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 41. § 8. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 13. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 1. Cod. Greg. *fam. herc.* (3, 4.). Secondo la Nov. 115. c. 5. pr. basta anche una *institutio ex re certa* per escludere l'impugnazione del testamento.

(15) L. 6. D. *de test. mil.* (29. 1.)

(16) L. 23. § 1. C. *de legatis* (6. 37.)

(17) L. 12. C. *commun. utriusque judic.* (3. 38.). Dopo l'estensione del dovere della collazione alla successione testamentaria nella Nov. 18. c. 6. vien meno questo principio allorchè gli altri figliuoli conferiscono la loro *dos* o *donatio propter nuptias.*

(18) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

disonore del concorso dei creditori ricada sopra costui (19). Ma secondo la *lex Aelia Sentia* non può per questo modo sottrarsi ai creditori che un solo schiavo (20).

II. Sostituzione.

1) *Sostituzione volgare.*

§ 332. Dopo che il *Sctum Trebellianum* ebbe prescritto che il fedecommessario universale si dovesse riguardare come erede; e quindi che il medesimo, in quanto succede, subentrasse nel luogo dell'erede fiduciario, in ogni fedecommesso universale si contiene una sostituzione, e però innumerevoli volte in questo rapporto si parla di *substituere* e *substitutio*. Non per tanto i particolari intorno a ciò son da riserbarsi alla teorica dei fedecommessi. Fra le altre specie di sostituzione quella che più di frequente s' incontra è la *substitutio vulgaris* s. *in primum casum*, la quale è anche la più antica, e consiste in ciò, che il testatore, pel caso che un erede direttamente istituito non acquisti la successione, ne nomina un altro che debba entrare nel suo luogo, un *substitutus* s. *heres secundi gradus* (1), e qui possono anche sostituirsi più persone una dopo l'altra, *substituti secundi*, *tertii*, *quarti* etc. *gradus* s. *heredes tertii*, *quarti*, *quinti* etc. *gradus*, dei quali il più lontano succede nello stesso modo al mancare del più prossimo (2), come pure è in libertà del testatore di sostituire più persone insieme come coeredi, o, se sono istituiti più eredi, nominare un medesimo sostituto per tutti o per ciascuno un diverso sostituto, ovvero ordinare una reciproca sostituzione dei coeredi fra loro *substitutio mutua* s. *reciproca* (3). Anche la sostituzione come una istituzione di erede dev'esser fatta in un testamento, nondimeno non si può oppor nulla in contrario se siasi fatta in un testamento speciale aggiunto a quello che contiene l'istituzione diretta di erede (4). Per regola subentra il sostituto, in qua-

(19) Pr. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 30. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 27. C. *de inoff. Test.* (3. 28.)

(20) L. 42. L. 43. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(1) Pr. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 1. pr. D. *eod*, (28. 6.)

(2) Pr. J. cit. L. 30. D. *eod.*

(3) § 1. 3. J. *eod.* L. 23. L. 36. § 1. D. *eod.* L. 64. D. *de legat.* II. (31.)

(4) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.). Qui trattasi assolutamente soltanto di testamenti contemporanei; nondimeno anche la sostituzione in un testamento posteriore sarebbe da tenersi valida, allorchè in questo non si contenesse alcuna instituzione diret-

lunque guisa sia mancato l'erede nominato; ma il testatore può eziandio limitare la sostituzione a certe determinate specie di mancanza di erede, ovvero subordinarla a speciali condizioni (5), e nella sostituzione reciproca dei coeredi s' intende anche di per sè la condizione che chi vuole entrar come sostituto nel posto di un altro debba anche aver acquistato la sua propria parte ereditaria (6). Per contrario le condizioni imposte agli eredi diretti non valgono pei sostituti, se non sono state anche ad essi espressamente estese (7). Se sieno sostituite più persone una dopo l'altra, allora naturalmente il sostituto più rimoto non può venire alla successione, se non quando oltre all' erede diretto sieno mancati eziandio i sostituti più prossimi; ma è indifferente in qual tempo costoro siano mancati, se prima o dopo dell' erede diretto (8). Finchè la successione è incerta, il sostituto non ha alcun dritto rispetto all'eredità, salvo allorchè un erede nominato sotto condizione, prima che questa si avveri, si faccia dare la *bonorum possessio secundum Tabulas*, nel qual caso il sostituto può pretendere da lui una cauzione (9), e se l'erede diretto o un sostituto più prossimo acquista l'eredità, la sostituzione si estingue (10), senza poter rivivere, se quegli ottenga la restituzione contro l'accettazione (11). Soltanto nel caso che un testatore abbia istituito uno schiavo altrui pensandosi che il medesimo fosse libero, e gli abbia sostituito un'altro, quest'ultimo per una singolare disposizione di Tiberio anche in concorrenza con lo schiavo deve ottenere la metà (12); ed ancora uno schiavo del testatore sostituito come *necessarius heres* deve subentrare eziandio nel caso che l' erede diretto si faccia restituire contro l' accettazio-

ta di erede, imperocchè allora il secondo testamento non verrebbe in collisione col primo.

(5) L. 3. C. *de her. inst.* (6. 24.) L. 4. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(6) L. 23. L. 45. § 1. D. *de vulg. subst.* (28. 6.)

(7) L. 73. D. *de her. inst.* (28. 5.)

(8) § 3. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 27. L. 41. pr. D. *eod.* (28. 6.). Ciò si esprime benissimo colla frase: » substitutus substituto censetur et substitutus instituto ».

(9) L. 12. D. *qui satisdare cog.* (2. 8.) L. 8. pr. D. *de stipul. praetor.* (46. 5.) V. § 303. Nota 16. e 17.

(10) L. 5. C. *de impub. et al. substit.* (6. 26.). Intorno ad una eccezione del tempo dell' antica *cretio* veggasi § 301. Nota 24.

(11) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)

(12) § 4. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 40. L. 41. D. *de her. inst.* (28. 5.). Questa disposizione storicamente è notabile per questo, che essa sola sopravvisse all' abolizione di tutte le costituzioni di Tiberio seguita per effetto della condanna che il Senato fece della memoria di lui, ed ultimamente è divenuta anche notabile per le conseguenze che da essa si son volute dedurre. Veggasi § 313. Nota 7.

ne (13). Ma se i sostituti vengono alla successione, allora sono in tutto eguali agli eredi direttamente istituiti, e più persone sostituite insieme si dividono anche nella stessa guisa l'eredità, colla sola eccezione che i coeredi reciprocamente sostituiti, se altra divisione non sia stata prescritta, non ricevono porzioni eguali, ma succedono nella porzione vacante secondo la misura della loro quota ereditaria (14); salvo che non come coeredi, ma prescindendo da questa qualità fossero stati chiamati per nome alla sostituzione (15). Per effetto di una costituzione di Settimio Severo i sostituti debbono addossarsi anche i legati ed altri pesi imposti agli eredi diretti, se il testatore non abbia imposto ad essi degli altri pesi, nel qual caso si presume che abbia avuta una intenzione opposta (16).

2) Sostituzione pupillare (*).

§ 333. Siccome la possibilità di far testamento contiene una incertezza sopra i futuri eredi di una persona tuttora vivente, per la quale incertezza viene scemala la tentazione di tor la vita ad alcuno per impadronirsi della sua eredità, perciocchè niuno può sapere con certezza se un tale delitto gli gioverà all' acquisto della successione, come avverrebbe se avesse luogo soltanto una successione *ab intestato* (1), e d'altra parte gl' impuberi non possono far testamento (2), così per consuetudine fu conceduto al padre di un impubere di nominargli l' erede pel caso che morisse dopo di lui durante l'età pupillare, e questa appellasi *substitutio pupillaris*, s. *in secundum casum* (3), la quale non ha ricevuto il nome di *substitutio* se non perchè per regola il pupillo è nel tempo istesso istituito erede del padre, e di rado ha oltre l'eredità paterna qualche altro importante patrimonio, cosicchè nella sostituzione pupillare, avuto riguardo all'effetto, perlo più non si contiene che la disposizione che determina chi alla morte del pupillo debba in sua vece subentrare nell'eredità paterna. La sostituzione pupillare è ammessa per tutti i discendenti naturali o adottivi, maschi o fe-

(13) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.)
(14) § 2. J. *de vulg. subst.* (2. 15.) L. 24. L. 41. § 1. 4. 5. D. *eod.* (28. 6.)
(15) Arg. leg. 124. D. *de legat.* I. (30.) leg. 24. D, *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(16) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II, (31.) L. 4 C. *ad Sct. Treb.* (4. 49.)
(*) *Madihn* Vicissitudines substitut. impuberum. Halae 1769. 4.
(1) § 3. J. *de pupill. subst.* (2. 16.) L. 7. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)
(2) V. § 317. n III.
(3) Pr. J. *eod.* L. 2. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

mine, figli o nipoti, ed anche postumi (4); ma è necessario 1) che il testatore sul figliuolo a cui vuol nominare un erede abbia o avrebbe, se di già fosse nato, la patria potestà (5), 2) che il figliuolo per la morte del testatore divenga *sui juris*, per la qual ragione la sostituzione in quanto ai nipoti presuppone che il figliuolo, dal quale son nati, sia morto o uscito dalla famiglia (6), e 3) che il testatore faccia anche testamento sul suo proprio patrimonio (7), ma è indifferente se la sostituzione si faccia nel medesimo o in un altro speciale testamento, *in secundis Tabulis* (8), il quale però non si ritiene che come una parte del testamento paterno, e quindi allorchè questo è, o diviene invalido, cade parimente con esso (9). Nel resto il padre ha piena libertà; imperocchè egli può nominare un sostituto pupillare anche ad un figliuolo diseredato (10), se non che in questo caso non può imporgli alcun legato (11), come altrimenti potrebbe (12), e non è tenuto ad aver riguardo agli eredi legittimarii del pupillo (13). Inoltre è sufficiente che il sostituto sia capace di ereditare dal pupillo, sebbene non potesse ereditare dal testatore medesimo, salvo se il patrimonio del pupillo provenga precisamente dal testatore (14). Di più sta nell' arbitrio del testatore allorchè ha più figliuoli impuberi, di fare una sostituzione pupillare per tutti o per alcuni di essi, e nel primo caso dare a tutti il medesimo sostituto, ovvero a ciascuno un diverso sostituto (15). Finalmente dipende anche dalla sua volontà nominare un

(4) L. 2. pr. L. 41. § 2. D. *eod.*

(5) L. 2. pr. D. *eod.*

(6) L. 2. pr. L. 41. § 2. D. *eod.*

(7) L. 1. § 3. L. 2. § 1. 4. 5. D. *eod.*

(8) § 2. 3. 5. J. *eod.* L. 20. pr. § 1. D. *eod.*

(9) § 5. J. *eod.* L. 2. pr, § 1. L. 44. D. *eod.* L. 11. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 10. L. 11. D. *de captiv.* (49. 15.). Una eccezione si contiene nella L. 34. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) e Nov. 115. c. 3. in fine V. § 350. Nota 41. § 351. Nota 12.

(10) § 4. J. *eod.* L. 1. § 2. L. 10. § 5. D. *eod.*; Ulp. XXIII. 8. Non si oppone L. 26. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(11) L. 41. § 3. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 87. § 7. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(12) L. 12. L. 34. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28.6.)

(13) L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (5. 2.). Di altra opinione è *Zimmern* Ricerche sul dritto Romano. Heidelb. 1821. p. 83. seg., ma veggasi in contrario *Thibaut* nell' Arch. per la prat. civ. vol. V. p. 345. seg.

(14) L. 6. L. 11. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(15) § 6. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 2. § 7. L. 37. D. *eod.* L. 10. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

solo o più sostituti congiuntamente (16), ovvero sostituire più persone una dopo l'altra, nel che si contiene nel tempo stesso una sostituzione volgare (17), ovvero limitare la sostituzione ad un periodo di tempo più breve dell'impubertà, cosicchè il sostituto pupillare subentri soltanto allorchè il pupillo muoja prima di una determinata età (18). Si estende anche di più la libertà dei soldati, giacchè costoro anche senza fare il proprio testamento possono procedere alla sostituzione pupillare, anzi possono anche nominare un erede ai figliuoli impuberi emancipati per rapporto al patrimonio ad essi lasciato, e limitare eziandio la sostituzione ad una parte dei beni del pupillo (19). L'effetto di una sostituzione pupillare valida è, che inquanto il pupillo muoja prima di giungere alla pubertà o, se fu determinato un termine più breve, avanti che questo sia decorso (prima del qual tempo non si può aprire il testamento pupillare) (20), il sostituto gli succede senza riguardo all'origine del patrimonio, ed esclude pienamente gli eredi *ab intestato* (21). Nondimeno se alcuno sia stato sostituito a più figli impuberi insieme, vien preferito il loro dritto reciproco di succedersi *ab intestato* come germani, e però in tal caso il sostituto non subentra se non dopo la morte dell'ultimo figliuolo, sebbene su di ciò prima di Giustiniano vi fosse stata controversia (22), ed allorchè il sostituto è nominato nel medesimo tempo erede del padre, è necessario ancora che egli non abbia rinunziata l'eredità paterna (23), mentre al contrario il non acquisto della eredità paterna per altre cagioni non esclude dall'eredità del figliuolo (24), nè questa debb'esser restituita se il sostituto si

(16) § 7. J. *eod.*

(17) L. 13. D. *eod.* L. 87. § 7. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.). Non si oppone L. 47. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(18) L. 21. L. 43. § 1. D. *eod.* Naturalmente non si può estendere la sostituzione al di la della impubertà § 9. J. *eod.* L. 14. L. 47. D. *eod.* L. 2. L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(19) L. 41. § 4. 5. D: *de test. mil.* (29. 1.) L. 10. § 5. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.). Se altri hanno avvisato che il soldato secondo la L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.) potesse estendere la sostituzione pupillare anche al di là della impubertà, ciò è un evidente malinteso.

(20) § 3. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 8. D. *test. quemadm. aper.* (29. 3.)

(21) § 4. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 6. L. 11. D. *eod.* L. 7. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(22) L. 10. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(23) L. 3. L. 10. § 3. L. 34. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) § 7. J. *de pup. subst.* (2. 16.). Ma l'accettazione dell'eredità paterna obbliga anche ad accettare l'eredità del figliuolo L. 59. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(24) L. 11. L. 34. § 2. L. 43. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.). Non si op-

faccia restituire contro l'accettazione dell'eredità paterna (25). Se vi sono più sostituti pupillari, questi procedono alla divisione secondo le ordinarie regole. Soltanto, allorchè più eredi paterni son nominati sostituti pupillari, nel dubbio viene ammesso che la divisione prescritta per la successione del padre debba valere eziandio per la sostituzione (26). I sostituti pupillari nel modo medesimo che gli altri eredi debbono adempiere i legati od altri pesi, ed anche quelli che furono imposti al pupillo (27). Ma se il pupillo sia giunto alla pubertà, o sopravviva al termine stabilito per la sostituzione, questa si estingue per sempre (28), e lo stesso è allorchè il medesimo prima della morte del testatore sia morto o uscito dalla sua potestà (29), o allorchè il sostituto abbia rinunziato all'eredità del padre (30), o allorchè il testamento paterno sia divenuto invalido (31).

3) Congiunzione tacita della sostituzione volgare e pupillare (*).

§ 334. Dalla natura delle due specie di sostituzione innanzi spiegate spontaneamente risulta che, quando un padre istituisce eredi i suoi figliuoli impuberi, è possibile una ***substitutio duplex*** s. ***in utrumque casum***, imperocchè il testatore può nominare alcuno, il quale non solamente, se il figliuolo non divenga erede, debba subentrare come sostituto volgare nel suo luogo, ma eziandio se il figliuolo muoja impubere dopo di lui, debba succedere al medesimo come sostituito pupillare (1), ed il costume dei Romani di ordinare, se n'era il caso, una siffatta duplice sostituzione menò alla disposizione di Marco Aurelio e Lucio Vero, che quando possono aver luogo le due specie di sostituzione, cioè nella istituzione di figliuoli impuberi del testatore, l'ordinamento di una specie di sostituzione contenga eziandio l'altra, come se questa fosse

pone il § 7. J. *de pup. subst.* (2. 16.) il quale parla in generale nelle parole: » qui et scripti sunt heredes et extiterunt ».

(25) L. 12. D. *eod.*

(26) § 7. J. *eod.* L. 11. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(27) L. 12. L. 34. § 2. D. *eod.* L. 11. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 80. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 11. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. Nota 11.

(28) § 8. J. *eod.* L. 14. L. 21. D. *eod.*

(29) L. 17. § 1. D. *de adopt.* (1. 8.) L. 41. § 2. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(30) V. Nota 23-25.

(31) V. Nota 9.

(*) *Schweizer* Prog. de subst. vulg. tacita. Jenae 1814. 4.

(1) Pr. J. *de pup. subst.* (2. 16.) L. 1. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

stata dimenticata dal testatore (2), il che per altro Antonino Pio avea precedentemente di già prescritto pel caso che i figliuoli impuberi istituiti fossero stati reciprocamente sostituiti fra loro (3). Nondimeno si fa eccezione: 1) allorchè il testatore abbia dichiarata una intenzione contraria (4); 2) allorchè insieme col figliuolo impubere sia stato istituito anche un altro erede, e per amendue sia stato nominato un sostituito volgare comune, imperocchè in tal caso costui non potrebbe essere nel tempo stesso sostituto pupillare che per un solo erede (5); 3) allorchè il figliuolo impubere ed altri eredi insieme istituiti sieno stati reciprocamente sostituiti fra loro, perchè qui del pari la doppia sostituzione non sarebbe possibile che da un solo lato (6); 4) allorchè sia stato nominato un sostituto volgare pel figliuolo impubere, ma insiem con costui sia stata istituita anche la madre, nel qual caso Giustiniano, per favorire il dritto ereditario *ab intestato* della madre, escluse la presunzione della sostituzione pupillare (7), e 5) allorchè il testatore sia un soldato, imperocchè allora tutte le disposizioni debbono esser prese alla lettera (8).

4) *Substitutio exemplaris.* (*)

§ 335. Affinchè anche per le altre persone, le quali del pari che gl'impuberi sono per cagioni fisiche inabili a testare da sè, potesse mediante il testamento mantenersi un'incertezza intorno all'erede, il padre di tali persone può a suá richiesta ottenere il privilegio di fare in loro vece un testamento, e di nominar loro un erede, ma in ciò non si trova che il padre abbia anche il dritto di trasandare gli eredi legittimarii di colui pel quale fa il testamento. Un cosiffatto testamento paterno per verità non cade di per sè stesso per la circostanza che colui, pel quale egli ha fatto testamento, posteriormente ricuperi la capacità di testare, o esca dalla potestà del testatore, ma cade sibbene allorchè sopravvengono di tali circostanze che avrebbero reso invalido anche un testamento che

(2) L. 4. pr. D. *eod.* L. 4. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)
(3) L. 4. § 1. D. *eod.* Modestino qui evidentemente cade in un anacronismo quando egli pone Antonino Pio dopo Marco Aurelio e Lucio Vero.
(4) L. 4. C. cit.
(5) L. 4. C. cit.
(6) L. 4. § 2. L. 45. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*
(7) L. 9. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)
(8) L. 8. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.) V. § 322. Nota 13.)
(*) *Madihn* Vicissitudines substitutionis exemplaris. Halae 1771. 4.

egli medesimo avesse fatto, come sarebbe segnatamente se egli più tardi facesse un testamento valido (1). Giustiniano estese ciò per rispetto ai dementi, in questo, che tutti gli ascendenti di un demente abbiano legalmente la facoltà di nominargli per testamento un erede (2), presupposto 1) che essi istituiscano o abbiano già innanzi istituito il demente per loro erede almeno nella legittima, 2) che quando il demente ha figliuoli, i sostituti siano presi fra costoro, ovvero, se non vi sono figliuoli, ma germani del medesimo o discendenti di costoro, sieno scelti fra questi (3), 3) che non vi sia alcun testamento del demente fatto prima della sua infermità (4). Se il demente ricupera la sua ragione, cade la sostituzione, imperocchè allora egli medesimo può far testamento (5). Pel caso che qui è possibile ad avvenire, che più ascendenti di un demente abbiano fatta una sostituzione, non trovasi veramente alcuna espressa disposizione; nondimeno in tal caso si dee procedere nel modo medesimo che quando un testatore abbia lasciato contemporaneamente più testamenti validi (6), per la qual cosa i sostituiti nominati in diversi testamenti debbono concorrere insieme (7).

(1) L. 43. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(2) L. 9. C. *de impub, et al. subst.* (6. 26.) § 1. J. *de pupill. subst.* (2. 16.). Di altra opinione sono *Voet* Com. ad Pand. XXVIII. 6. § 33. ; *Unterholzner* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 5.; *Lohr* quivi vol. V. n. 1., i quali qui non vogliono ammettere se non una estensione della sostituzione volgare, la quale nel fatto si tramuti in un *fideicommissum ex die mortis furiosi*. Veggasi per contrario *Zimmern* quivi vol. II. n. 28., *Thibaut* quivi vol. V. n. 13. p. 337. seg. Le disposizioni della L. 9. C. cit. si potrebbero assolutamente intendere come le intendono *Unterholzner* e *Lohr* ; ma 1) nel § 1. J. cit., come nella L. 9. C. cit. Giustiniano espressamente dice che la sua sostituzione pei furiosi sia stata introdotta *ad exemplum substitutionis pupillaris*, cioè secondo l'analogia della sostituzione pupillare, la quale certo contiene una vera istituzione di erede. 2.) La L. 43. pr. D. *de vulgari et pup. subst.* (28. 6.), sulla quale senza dubbio è fondata la Costituzione di Giustiniano ha parimente una vera istituzione di erede in tutto il patrimonio del furioso. 3). Nella L. 7. § 8. C. *de cur. fur.* (5. 70.) il sostituito d' un furioso vien compreso insiem con gli eredi. 4.) Finalmente Giustiniano non avrebbe avuto bisogno di fare una Costituzione speciale per l'ammisibilità di un *fideicommissum ex die mortis furiosi*.

(3) L. 9. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26.)

(4) Un testamento di tal fatta non cade per la demenza § 1. J *quib non perm. fac. test.* (2. 12.) L. 9, C. *qui test. fac. poss.* (6. 22.), e per conseguenza qui non incontrasi la ragione e lo scopo della sostituzione quasi pupillare.

(5) L. 9. C. *de impub. et al. subst.* (6. 26).

(6) L. 1. § 6. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.)

(7) *Thibaut* l. c. L'opinione di Donello comm. jur. civ. VI. 27. che sia da stabilire una gradazione fra gli ascendenti, e segnatamente che una sostituzione da parte del padre sia da preferire a quella da parte della madre, è arbitraria.

CAPITOLO IV.

DELLA SUCCESSIONE INTESTATA.

I. Introduzione storica:

1) *Sistema di successione del dritto civile antico* (*).

§ 336. Nella storia della successione intestata presso i Romani c'incontriamo in tre sistemi di successione essenzialmente diversi: 1) nel sistema del dritto civile antico *legitima hereditas*; 2) nel sistema dell'Editto Pretorio, *bonorum possessio intestati*; e 3) nel nuovo sistema di Giustiniano contenuto nella Novella 118. Quest' ultimo per verità ha nelle cose più importanti soppiantato gli antichi, ma siccome gli antichi principi sulla successione intestata vengono tuttavia applicati per complemento in molti rapporti, così non si può lasciare addietro la conoscenza dell'antico dritto ereditario. Nondimeno qui provvisoriamente sarà trasandata la successione molto eccezionale nel patrimonio dei libertini, riserbandone la spiegazione ad un capitolo speciale. Il sistema di successione contenuto nelle dodici Tavole, ma che probabilmente era anche più antico distingueva tre classi di eredi ab intestato, *legitimi heredes* (1). 1) *Sui heredes*. Questa classe, che si poteva incontrare solo nella successione de' maschi (2), ma qui escludeva tutti gli altri parenti (3), comprendeva i discendenti di alcuno, i quali alla sua morte stavano tuttavia sotto la patria potestà del medesimo (4), compresa l'*uxor in manu*, che si riteneva come sua figliuola (5), e compresi eziandio quei discendenti nati posteriormente, *posthumi*, i quali fossero già conceputi alla sua morte, e che sarebber caduti sotto la sua potestà, se

(*) *Scacher* Spec.histor.jur.civ. vicissitudines success. ab intest. apud Rom. exponens. Lipsia 1762. 4.; *Hugonis* Comm. de fundam. success. ab intest. ex jure Romano antiquo et novo. Goett. 1785. 4.; *Gluck* Dichiarazione ermeneutico-sistematica della teorica della successione intestata secondo i principii del dritto Romano antico e nuovo. Erlangen 1822. 8.; *Rosshirt* Introduzione al dritto di eredità ed esposizione di tutt'il dritto di successione intestata. Landshut 1831- 8.

(1). Caj. III. §. 1. 9. 17.; Collat. XVI. §. 2. e 4.

(2) L. 13. D. *de suis et legit.* (38. 16), Ulp. XXVI. § 7.; Caj. III. 51.

(3). Ulp. XXVI. §. 1. e 3.; § 1. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.)

(4) § 2-7. J. *eod.*; Caj. III. 2.; Collat. XVI. § 3.; *Griesinger* Storia della suità § 4. seg.

(5). Caj. III. § 3.; Collat. XXI. § 2.

fossero nati vivendo lui (6). Intanto i nipoti, pronipoti etc. non succedevano se non quando i più prossimi discendenti, per mezzo dei quali traevano origine dal defunto, erano di già morti, ovvero per adozione o per emancipazione usciti dalla famiglia (7), mentre al contrario concorrevano assolutamente con gli altri discendenti più prossimi, dai quali essi medesimi non discendevano (8). La divisione avveniva per modo che i figliuoli senza distinzione di sesso concorrevano *in capita*, cioè ottenevano porzioni eguali, *portiones viriles*, ma i discendenti più lontani succedevano *in stirpes*, cioè tutt' insieme prendevano la parte del figliuolo, dal quale discendevano, per dividersela tra loro (9). 2) *Agnati.* Se non vi erano *sui heredes*, allora succedevano gli agnati del defunto secondo la prossimità del grado, cosicchè il più prossimo escludeva il più remoto, e gli agnati di grado eguale ottenevano porzioni eguali, *portiones viriles* (10). In questa classe potevano reciprocamente succedere fra loro come agnati i figliuoli, il cui padre era morto, e la loro madre o madrigna, allorchè quest' ultima era stata *uxor in manu* del padre defunto, imperocchè questa allora veniva riguardata come figliuola di colui che era stato suo marito, e per conseguenza anche come *soror consanguinea* dei figliuoli del medesimo (11). 3) *Gentiles.* Da ultimo se il defunto non avesse lasciato neppure agnati, ma si fosse trovato in legame di gentilità, allora il suo patrimonio ricadeva alla *gens*, alla quale egli apparteneva, successione sulla quale ci mancano notizie esatte, e che scomparve anche di buon'ora insieme colla gentilità (12). Ma questo antichissimo ordine di successione patì delle modificazioni poco dopo le dodici Tavole. 1) Siccome le dodici Tavole immediatamen-

(6) § 8. J. *eod.*; Caj. III. § 4-6; Collat. l. c.; L. 4. C. *de suis et legit. hered.* (6. 54.). Non si oppone L. 6. D. *eod* (38 16.) « quia lex duodecim Tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuit», in cui le parole finali possono benissimo accennar semplicemente, che l'erede per lo meno debba già essere generato, come appunto dice la seguente L. 7. Di altra opinione è *Muhlenbruch* nel Sistema di *Gluch.* delle Pand. vol 36, p. 184.

7) § 7. 9. 10. 11. J. *eod.* L. 1. § 4-8. D. *de suis et legit.* (38. 16.) Confr. con L. 40. pr. D. *de adopt.* (1. 7.) § 7. J. *quib. mod. jus patr. pot. solv.* (1. 12.)

(8) § 6. J. *eod.*; Caj. § 7.; L. 3. C. *de suis et legit. hered.* (6. 55.)

(9) § 6. J. *eod.*; Caj. III. § 8.; Ulp. XXVI. § 2.; Collat XVI. § 3. L. 2, C. *de suis* (6. 55.)

(10) Cic. quaest. tusc. III. c. 5 de invent. II. c. 50. ad Herenn. I. c. 3.; Ulp. XXXI. § 1. e 5.; Collat. XVI. § 2. e 4.; Caj. III. § 9-11. tit J. de legit. agnat. succ. (3. 2.)

(11) Collat. XVI. § 6; Dion. Hal. II. 25.

(12) Caj. III. § 17.; Collat. XVI. § 3. e 4.; Cic. in Verr. II. 1. c. 45.; Sueton. in Caesare c. 1.; *Duisburg.* de princip. success. gentil. apud vet. Rom. Hal. 1788. 4.

te dopo i *sui heredes* aveano chiamato gli agnati, e siccome nell'uso comune del linguaggio i più prossimi fra tutti gli agnati cioè i fratelli e le sorelle generati dal medesimo padre solevano come *consanguinei* venir contrapposti a tutti gli altri agnati (13), così sorse dubbio, se anche i consanguinei in generale avessero un dritto di successione, e sebbene questo dubbio nella pratica si decidesse a favore dei medesimi (14), nondimeno porse l'occasione che dipoi comunemente si distinguessero quattro classi di eredi *ab intestato*: *sui*, *consanguinei*, *agnati*, *et gentiles* (15). Questo per verità non fu che un cambiamento nella semplice indicazione, giacchè i consanguinei, purchè solo si fossero annoverati fra gli agnati, come i più prossimi di tutti costoro doveano sempre precedere gli altri, ma a ciò seguì 2) un'altra innovazione che fu più importante. Cioè mentre da principio le donne aveano un dritto ereditario illimitato (16), più tardi venne su l'opinione che fosse convenevole di non agguagliarle sotto questo riguardo ai maschi. Per tal ragione primamente per la *lex Voconia* a. di R. 585. fu molto ristretta la loro capacità di ricevere per testamento (17), e di poi l'*interpetratio prudentum* trasferì anche alla successione intestata i principii in quella legge contenuti, la *Voconiana ratio*, siccome Paolo la chiama, ; e a giustificare questo procedimento si sostenne e si applicò nella pratica la massima che, sebbene la nozione di *sui heredes* e di *consanguinei* comprendesse anche le donne, pure sotto *agnati* non si potevano intendere che i soli maschi (18), cosicchè a torto le donne infino allora erano state ammesse alla successione insieme con essi, e però per l'avvenire le don-

(13) L. 1. pr. D. *de legit. tutor.* (26. 4.) L. 2. § 1. D. *unde legit.* (38. 7.) L. 4. D. *unde cognati* (38. 8.) L. 2. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.) L. 6. § 1. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(14) Collat. XVI. § 3. « intestatorum hereditas lege duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentibus deferebatur. Sane consanguineos lex non adprehenderat, interpetratione prudentium primum inter agnatos locum acceperunt L. 3. C. quor. bonor. (8. 2.)

(15) Ulp. XVI. § 1.; Collat XVI. § 3. 4. 6.; L. 1. § 9. L. 2. pr. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

(16) Caj. III. § 46 ; Ulp. XXXIX. § 4.; Paul. S. R. IV. 8. § 2.; § 5. J. *de exhered. lib.* (2. 13.) § 3. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) Theoph. II. 13. § 5. e III. 2. § 3.; L. 14. L. 15. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.). Di altra opinione è *Schrader*, Qual'è il guadagno che la storia del dritto ritrae da Cajo. Heidelb. 1823. 8. p. 13. seg.

(17) V. § 318. Nota 38-51.

(18) Per conseguenza dell'antica definizione: « agnati sunt cognati virilis sexus per mares descendentes ». Ulp. XXVI. § 1 ; Collat. XVI. § 3. e 7.; L. 2. § 1. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

ne non doveano succedere che nelle due prime classi dei *sui* e dei *consanguinei* (19). Una particolarità dell'antico dritto di successione fu il principio: in *legitimis hereditatibus non est successio*, il cui senso era questo, che l'eredità si deferiva ai più prossimi eredi una sola volta per sempre, ma se questi non l'acquistavano, non v'era luogo a chiamar dopo essi i più lontani, ed il patrimonio rimaneva senza padrone, il che per verità non poteva avvenire nella classe dei *sui*, essendochè costoro divenivano eredi *ispo jure* (20).

2) *Bonorum possessio intestati*

§ 337. L'antico sistema di successione fondato sullo stretto legame di famiglia e di gentilità ebbe a patire un essenziale riforma per effetto del dritto pretorio, il quale divise quei che chiamava alla *bonorum possessio intestati* in quattro classi; di queste solo le due prime erano destinate ai primitivi eredi civili, tra i quali però furono chiamati eziandio alcuni nuovi eredi, ma le due ultime contenevano manifestamente eredi nuovi. Le quattro classi si appellavano:

1.° *Unde liberi* (1). Questa classe la quale parimenti non potea incontrarsi che per la successione de' maschi comprendeva 1) i *sui heredes* perfettamente secondo il dritto antico (2), ma oltre a questi anche 2) gli *emancipati* i figliuoli cioè che il defunto avea emancipati (3), mentre quelli, che in altra guisa erano usciti dalla patria potestà del defunto, continuarono sempre a rimanerne esclusi (4). Nondimeno questi figliuoli e-

(19) Paul. S. R. IV. 8. § 22. « Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum. Caeterum lex XII. Tabularum nulla discretione sexus cognatos admitti ». Collat. XVI. § 3. Caj. III. § 14. e 23.; Ulp. XXVI. § 6.; Theoph. III. 2. § 3. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) L. 14. C. *de legit. hered.* (6. 58.). *Euler* sulla limitazione del dritto ereditario delle donne presso i Romani Bon. 1822. 8.

(20) Caj. III. § 11-13. e 22.; Ulp. XXVI. § 5.; Paul. S. R. IV. 8. § 23.; § 7. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.)

(1) Dig. XXXVIII. 6. XXXVII. 8. Cod. VI. 14.; l'indicazione di questa, come delle seguenti classi ha avuta occasione dal citare « edictum unde liberi etc. ad bonorum possessionem vocantur ».

(2) § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) L. 1. § 6. D. *si tab. test. nullae extab. unde liberi* (38. 6.) L. 5. § 1. D. *unde legitimi* (38. 17.) L. 2. C. *de suis et legit. hered.* (6. 55.)

(3) Caj. III. § 26.; Ulp. XXVIII. 8., § 9. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) L. 4. L. 5. D. *si tab. test. nullae extab.* (38. 6.) L. 1. C. *unde lib.* (6. 14.). Nondimeno i figliuoli adottivi emancipati formavano eccezione L. 1. § 6. L. 4. D. *eod.*

(4) Ulp. l. c.; § 10-13. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)

mancipati non venivano ammessi che sotto la condizione di conferire il loro proprio patrimonio nell'eredità paterna (5), e se dei nipoti nati da un *emancipatus* si trovavano tuttora nella potestà del defunto, e per conseguenza erano *sui heredes* (6), allora, affinchè gli altri figliuoli per la deduzione di una doppia porzione ereditaria non fossero danneggiati, l'emancipato insieme coi nipoti da lui generati non prendeva che una sola porzione spettante ad un figliuolo, e di questa una metà rimaneva a lui, e l'altra ricadeva ai nipoti, la qual disposizione fu chiamata *Edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (7).

2.° *Unde legitimi* (8). In questa classe eran chiamati tutti i *legitimi heredes* dell'antico dritto civile (9), e però non solamente i *consanguinei* e gli *agnati*, ma anche gli stessi *sui heredes*, allorchè nè essi medesimi nè altri si fosser presentati nella prima classe (10), allora però per la loro qualità non godevano di alcuna preferenza rispetto agli altri eredi della seconda classe, ma egualmente che questi ereditavano soltanto secondo la prossimità del grado, e quindi p. es. i *consanguinei* potevano concorrere co' nipoti. Nel rimanente la successione e la divisione in questa classe non fu punto alterata (11), e fu anche conservata l'esclusione delle agnate dalla successione (12), come pure l'antica regola che la successione si dovesse deferire soltanto ai più prossimi agnati; il perchè ai più lontani non giovava il presentarsi, ma piuttosto allorchè i più prossimi avean lasciato trascorrere il termine per fare la domanda, la successione incontanente si deferiva alla terza classe (13).

3.° *Unde cognati* (14). Qui erano chiamati tutti i parenti del sangue di amendue i sessi fino al sesto grado, e del settimo grado anche gli *ex sobrino sobrinaque nati nataeve* (15), senza far distinzione se alcuno appartenesse di già ai parenti delle prime classi e non si fosse in queste presentato, e se per l'adozione o arrogazione fosse entrato in un'al-

(5) V. appresso § 359. n. II.
(6) V. il precedente § Nota 7.
(7) L. 6. D. *si tab. test. nullae extab.* (38. 6.) L. 1. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.)
(8) Dig. XXXVIII. 7.; Cod. VI. 15.
(9) L. 1. L. 2. § 2. L. 3. D. *unde legit.* (38. 7.); Caj. III. § 27.
(10) L. 2. pr. D. *unde legit.* (38. 7.); L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* (38. 9.)
(11) L. 3. L. 5. L. 7. L. 9. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(12) Caj. III. § 29.
(13) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) Confr. con Caj. III. § 28.
(14) Inst. III. 5.; Dig. XXXVIII. 8.; Cod. VI. 15.
(15) § 5. J. *de succ. cognat.* (3. 5.) L. 1. § 3. D. *unde cogn.* (38. 8.)

tra famiglia o no (16). Nondimeno allorchè più persone si presentavano, i più prossimi escludevano sempre i più remoti, mentre quei del medesimo grado prendevano una porzione virile (17). Ma in questa classe avea luogo la *successio graduum*, cosicchè la domanda di un parente più lontano era efficace, allorchè i più prossimi trascuravano di chiedere la successione (18).

4.° *Unde vir et uxor* (19). Infine se niun parente avea chiesto o ottenuto la *bonorum possessio*, allora questa si deferiva al sopravvivente conjuge legittimo e non divorziato del defunto o della defunta (20), il che avea relazione al matrimonio libero, nel quale secondo il dritto civile i conjugi non aveano alcun dritto ereditario reciproco fra di loro (21).

3) *Posteriori ampliazioni del sistema di successione pretoria.*

A. *Bonorum possessio decretalis.*

§ 338. Per quanto l'Editto del Pretore avesse già esteso il dritto di successione, pure coll'andare del tempo non si rimase qui. Le prime ampliazioni del sistema di successione stabilito nell' Editto furono senza dubbio quelle che si fondarono soltanto sull' interpetrazione del dritto e sulla pratica, e per tal ragione furono annoverate tra i casi della così detta *bonorum possessio decretalis* (1). I casi che qui si rapportano erano i seguenti: 1) i figliuoli di un figlio emancipato nati dopo l'emancipazione di costui, non appartenevano nè ai *sui* nè agli *emancipati* del loro Avo, e però costoro non potevano in forza dell' Editto venire alla successione di lui nella classe *unde liberi*. Ma se il loro padre era morto, o se il medesimo dopo di avere egli stesso emancipato i suoi figliuoli era per arrogazione passato in un' altra famiglia, allora per la *bonorum possessio decretalis* erano ammessi come emancipati in luogo

(16) Caj. III. § 27-31.; Ulp. XXVIII. § 9.; § 13. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) pr. § 1-4. J. *de succ. cogn.* (3. 5.) L. 1. pr. § 4. L. 2. D. *unde cogn.* (38. 8. L. 5. D. *unde legit.* (38. 7.) Confr. con L. 5. pr. D. *eod.* L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* (38. 9.) § 7. J. *de leg. agn. succ.* (3. 2.)

(17) L. 1. § 5. 10. D. *unde legit.* (38.7.)

(18) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.); Ulp. XXVIII. § 11.

(19) Dig. XXXVIII. 11.; cod VI. 18.

(20) L. un. D. *unde vir et ux.* (38. 11.) L. un. C. *eod.* (6. 18.) L. 9. C. Th. *de legit. hereditat.* (5.1.)

(21) Nondimeno non si può dubitare che anche una *uxor in manu* poteva ottenere questa *bonorum possessio*, quando avea trascurato di presentarsi nella qualità di *sua*.

(1) V. § 302. Nota 12-14.

del loro padre alla successione dell'Avo (2);2) ma da un altro lato anche i figliuoli di un emancipato rimasti sotto la potestà dell'Avo erano ammessi alla successione del padre emancipato (3). 3) Nello stesso modo allorchè un figliuolo uscito per adozione dalla sua famiglia era emancipato eziandio dal suo padre adottivo, a lui o ai suoi figliuoli, se egli medesimo era morto, si concedeva la *p. b. decretalis* relativamente all'eredità del padre naturale, come se da costui fossero stati emancipati, sebbene qui secondo l'Editto non avessero alcun dritto di successione (4). 4) Nel dubbio sullo stato di un morto, secondo l'Editto, non poteva darsi alcuna *bonorum possessio* (5); nondimeno più tardi su questo proposito si cambiò di avviso, e fu conceduta la *bonorum possessio decretalis* agli eredi presuntivi anche durante l'incertezza (6). 5) Se si temeva la rescissione del testamento per parte di un postumo, nella incertezza se dovesse aver luogo la successione testamentaria o a intestata, secondo l'Editto non potevano ottenere la *bonorum possessio* nè gli eredi testamentarii, nè gli eredi *ab intestato*, ma non per tanto i figliuoli del testatore istituiti nel testamento, e non già gli altri eredi testamentarii (7) più tardi furono soccorsi con la *p. b. decretalis*; imperocchè essi in ogni caso doveano essere ammessi insieme alla successione (8). 6) Il dritto di alcuno alla *bonorum possessio* secondo l'Editto non passava ai suoi eredi, allorchè egli erasi morto prima di farne la domanda: nondimeno allorchè alcuno, a cui era deferita la *p. b.* moriva nel termine stabilito per la domanda, concedevasi in sua vece ai suoi eredi la *b. p. decretalis*, purchè ne avessero fatta la domanda in quel resto del termine che rimaneva a decorrere (9).

B. *Sctum. Tertullianum, ed Orphitianum* (*).

§ 339. Fatta astrazione dal caso, che negli ultimi secoli della Repub-

(2) L. 4. D. *de coniung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test. non extab.* (38. 6.) L. 3. § 9. L. 14. § 1. L. 17. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(3) L. 5. D. *de collat.* (37. 6.)
(4) L. 14. § 1. L. 6. § 4. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(5) L. 2. § 3. D. *unde legit.* (38. 7.)
(6) L. 1. § 1. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)
(7) L. 1. § 6. 8. 9. D. *si mulier ventr. nom.* (25. 6.) L. 3. § ult. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.)
(8) L. 84. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 4. § 3. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(9) L. 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. D. *de Carbon. edicto* (37. 10.) V. § 368.
(*) Dig. XXXVIII. 17.

blica Romana era di già divenuto ben raro, che cioè la madre ed i figliuoli per effetto della *in manum conventio* fossero divenuti *consanguinei* l'un dell'altro (1), per lo stesso sistema di successione Pretoria la madre ed i figliuoli non potevano succedere reciprocamente fra loro che nella classe *unde cognati* (2). Questa posposizione non naturale in confronto degli agnati fu corretta al tempo degl'Imperadori.

1.° *Sctum. Tertullianum* (3). Dopo che l'Imperadore Claudio per la prima volta ebbe conceduto alle madri per rispetto ai loro figliuoli il più prossimo grado di successione (4), il *Sctum. Tertullianum* sotto Adriano determinò più particolarmente la successione delle madri (5). La madre per verità dovea venir dopo la classe *unde liberi*, allorchè vi erano discendenti del suo figliuolo morto appartenenti a questa classe (6); ed in quanto a'figliuoli emancipati, dovea del pari cedere al padre che veniva alla successione in forza del suo dritto di padronato (7), ma non già anche all'Avo o al bisavo, se questi avesser fatta l'emancipazione (8); s'intende anche di per sè che, pei figliuoli sotto la patria potestà, ella non potea succedere nel peculio castrense, perciocchè questo ricadeva al padre (9); per contrario pei figliuoli così legittimi come illegittimi ella era preferita a tutti i parenti collaterali, e per conseguenza prendeva il primo posto nella classe *unde legitimi* (10), nondimeno ciò avea luogo soltanto allorchè essendo ingenua, per tre volte, ed essendo liberta, per quattro volte avesse partorito figliuoli vivi e vitali e non mostruosi (11), e non avesse trascurato per un anno di domandare un tutore pel figliuolo, dal quale dovea ereditare (12). Non pertanto eravi eziandio un caso speciale, nel quale la madre non ereditava che insieme coi parenti collaterali, cioè quando il figliuolo, a cui si dovea succedere, avea sibbene il padre, ma questi dopo la nascita del medesimo per mezzo d'adozione o di emancipazione era uscito dalla fa-

(1) V. sopra § 336. Nota 11.
(2) Pr. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)
(3) Paul. S. R. IV. 9.; Inst. III. 3; Cod. VI. 56. V. la mia St. § 106. Nota 6.
(4) § 1. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)
(5) § 2. J. *eod.*
(6) § 3. J. *eod.* L. 2. § 6-14. L. 5. D. *ad Sct. Tertull. et Orphit.* (38. 17.)
(7) V. appresso § 352.
(8) § 3. J. *eod.* L. 2. § 15. e 16. D. *eod.*
(9) L. 10. pr. D. *eod.* V. appresso § 342.
(10) § 3. 7. J. *eod.* L. 2. pr. § 1. seg. L. 7. D. *eod.*
(11) Paul. l. c.
(12) L. 2. § 23-47. D. *eod.*

miglia. Si trovò in certo modo sconvenevole di preferire la madre sola a questo padre, il quale del pari che ella era il più prossimo cognato; ma siccome però i *consanguinei* ed *agnati* come *legitimi heredes* escludevano il padre, il quale non si potea presentare che nella classe *unde cognati*, così il Senatoconsulto in modo inconseguente ammise insieme con quegli eredi la madre, senza dare un egual diritto al padre (13).

2.° *Sctum. Orphitianum* (14). Per questo Senatoconsulto pubblicato sotto Marco Aurelio fu anche per la successione delle donne creata una classe *unde liberi*, giacchè i loro figliuoli così legittimi come illegittimi furono ammessi come i loro più prossimi eredi in preferenza degli altri parenti (15). Intanto questo dritto ereditario fu attribuito soltanto ai figliuoli di primo grado e non già anche ai nipoti (16). Per le madri liberte siffatto dritto presupponeva eziandio che i figliuoli fossero nati dopo la manomissione delle medesime (17) ed ai figliuoli di una Cittadina Romana che non avessero egualmente la Cittadinanza fu al tutto negato (18). Ma qui i figliuoli non eran mai tenuti come *sui heredes* che acquistassero *ipso jure* la successione, giacchè al contrario doveano dichiarare l' accettazione dell' eredità (19) ma erano sibbene riguardati come eredi civili che potevano accettare anche senza domandare la *bonorum possessio* (20).

C. Disposizioni delle costituzioni Imperiali (*).

§ 340. Dalla pubblicazione del *Sctum Orphitianum* fino a Costantino la successione intestata rimase intatta nell' essenziale ; ma sotto gl' Imperadori Cristiani seguirono parecchie innovazioni , ed in ispezialtà nelle due prime classi della *bonorum possessio intestati*, le quali nella maggior parte indubitatamente provennero dalla tendenza a distruggere più che fin'allora non s'era fatto, l' influenza dell'antico drit-

(13) L. 2. § 17. 18. D. *eod.*

(14) Paul. S. R. IV. 10.; Inst. III. 4. Cod. VI. 57.; *Stockman diss. de Sct. Orphitiano.* Lipsia 1798. 4. V. la mia St. § 107. Nota 16.

(15) Pr. § 1. 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 1. § 2. 8. L. 4. L. 6. L. 9. D. *de Sct. Tertull. et Orphit.* (38. 17.) Paul. l. c. § 1. L. 3. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)

(16) § 1. J. *eod.*

(17) Paul. l. c. § 2. Confr. con L. 1. pr. § 3. D. *eod.*

(18) Paul. l. c. § 3.

(19) Paul. l. c. § 4. L. 1. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(20) L. 3. C. *de Sct. Orphit.* (6 57.)

(*) Cod. Theod. V. 1.; Cod. VI. 55-58.

to civile sulla successione, ed a far valere in essa il riguardo della semplice parentela del sangue.

1.° Costantino dispose nell'anno 321. 1) che la madre la quale non abbia il *jus liberorum* debba ottenere in concorso dei parenti collaterali un terzo della successione del suo figliuolo; 2) ma per contrario anche la madre che abbia il *jus liberorum*, se i parenti collaterali più prossimi siano Zii paterni del figliuolo morto o figliuoli di costoro, o figli di figli, debba rilasciare a costoro un terzo dell'eredità, anche quando per una *capitis diminutio minima* avesser cessato di essere *agnati* del figliuolo (1).

2.° In seguito di ciò Valentiniano I. dispose (369.) 1) che i *fratres consanguinei* del figliuolo dovessero di nuovo esser preferiti alla madre; imperocchè era inconseguente di lasciar concorrere colla madre gli Zii paterni e la loro discendenza maschile, quando i fratelli più prossimi di grado non le erano preferiti (2), e verisimilmente dispose anche 2) che le *sorores consanguineae* come le più prossime parenti collaterali dovessero avere in concorso colla madre la metà dell'eredità (3).

3.° Graziano aggiunse anche (382) questa limitazione al dritto di successione della madre, che quando una madre, la quale abbia ereditato dal figlio *ex testamento* o *ab intestato* insieme coi fratelli e colle sorelle, di poi passi a seconde nozze, della sua parte ereditaria le debba rimaner soltanto l' usufrutto ma la proprietà debba ricadere ai fratelli ed alle sorelle (4).

4.° Da Valentiniano II. (389) 1) il *Sctum Orphitianum* fu esteso eziandio ai nipoti e più lontani discendenti delle donne (5), e 2) fu disposto che i discendenti delle figliuole morte di un defunto non altramente che i discendenti de' figliuoli morti subentrino nel luogo della loro madre, ma in concorso con altri discendenti otteugano soltanto due terzi

(1) L. 1. C. *Th. de legit. hered.* (5. 1.)

(2) L. 2. C. Th. *eod.*

(3) La L.2.C.Th.cit. certamente ora non contiene questo secondo principio, ma è manifestamente alterata, sebbene sia stata alquanto compiuta per le nuove aggionzioni al Cod. Th. e questo principio trovasi di poi come dritto in vigore L. 8. C. Th. *eod.* L. 5. L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.), senza che si conosca altrimenti la fonte del medesimo; imperocchè senza dubbio è falso quel che dice Giustiniano nella Nov.22. c. 47. § 2. attribuendo questo principio, come pure la preferenza dei *fratres consanguinei* alla madre al Senatoconsolto Tertulliano, il quale soltanto in un caso singolare fa concorrere i fratelli e le sorelle con la madre V. il § precedente Nota 13.

(4) L. 3. § 1. C. *de secundis nuptiis* (5. 9.)

(5) L. 4. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.) § 1. J. *de Sct. Orphit.* (3.4.)

della parte ereditaria della madre, se poi gli altri eredi più prossimi sieno degli *agnati*, debbano dare a costoro un quarto dell'eredità (6).

5.° Arcadio (396.) sottopose questa successione dei figli delle figliuole anche alla condizione, che dovessero conferire la dote che la loro madre defunta avesse per avventura ricevuta dal morto (7)

6.° Per contrario Onorio (420) espresse il principio che i figli delle figliuole nella successione dell'Avo si dovessero eziandio trattare come *sui heredes*, allorchè la loro madre alla sua morte si fosse tuttavia trovata sotto la potestà del medesimo, ma giammai nella successione dell'Ava (8).

7.° Teodosio II. fece cinque ordinamenti a ciò relativi. 1) (426) Che anche i discendenti di donne dovessero valere come *sui heredes* delle medesime, ed acquistar l'eredità *ipso jure* (9). 2) (426) Che in mancanza di consanguinei anche la madre la quale non avesse il *jus liberorum* certamente dovesse succedere, ma nondimeno non solo agli Zii paterni o ai costoro discendenti maschili, ma anche ai germani emancipati del proprio figliuolo, se mai ve ne fossero, dovesse rilasciare un terzo dell'eredità (10). 3) (426) Che la madre concorrendo coi fratelli e colle sorelle, nel caso che passasse a seconde nozze, dovesse a vantaggio dei fratelli e delle sorelle perdere la proprietà non già di tutta la sua porzione ereditaria, ma solo dei beni paterni, che il figliuolo morto avesse ereditati dal padre (11). 4) (428) Che la *bonorum possessio unde vir et uxor* dovesse sempre esser *sine re* tostochè vi fossero come eredi più prossimi dei parenti capaci di succedere di qualsivoglia specie (12). 5) (439) Che allorchè una madre tutrice dei suoi figliuoli prima di rendere il conto contraesse un nuovo matrimonio, non potesse più creditare dai suoi figliuoli. (13).

8.° Per disposizione di Anastasio (502) a coloro che per mezzo dell'emancipazione erano usciti dalla loro famiglia furono attribuiti tutt'i dritti di successione, che senza l'emancipazione avrebbero avuti, come se fossero tuttora *sui*, *consanguinei*, ed *agnati* (14). Nondimeno

(6) L. 4. C. Th. cit. ovvero L. 9. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Confr. L. 19. C. *de collat.* (6. 20.) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Nov. 18. c. 4.
(7) L. 5. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)
(8) L. 6. C. Th. *eod.* L. 10. C. *de suis et legit.* (6. 55.)
(9) L. 11. C. *de suis et legit.* (6. 55.)
(10) L. 7. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)
(11) L. 8. C. Th. *eod.* L. 5. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)
(12) L. 9. C. Th. *de legit. hered.* (5. 1.)
(13) L. 6. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)
(14) L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

doveano ricevere una porzione ereditaria alquanto diminuita, (15), sebbene l'ammontare di siffatta diminuzione non sia noto (16).

9.° Finalmente Giustiniano fece le maggiori innovazioni: 1) (528) Che nella successione delle madri non si dovesse più aver riguardo al *jus liberorum* (17); 2) (528) Che nella classe *unde legitimi* i fratelli e le sorelle, ed i genitori dovessero sempre succedere insieme quando vi fosse la madre, ma i fratelli del padre e i figli di costoro non dovessero più concorrere colla madre; e per certo A. essendovi la sola madre, o concorrendo con le sole sorelle dovea avere ella sola la metà dell'eredità, secondo il dritto primitivo, concorrendo coi fratelli o con fratelli e sorelle nel tempo stesso, avea una porzione virile. B. Ma quando vivea anche il padre, allora se il figliuolo era uscito dalla patria potestà, il padre e la madre doveano avere ciascuno l'usufrutto sopra un quarto dell'eredità, e i fratelli e le sorelle senza distinzione l'altra metà, e la proprietà dell'intero, mentre al contrario se il figliuolo alla sua morte si fosse trovato sotto la patria potestà, al padre dovea rimanere durante la sua vita l'usufrutto sul *peculium adventitium*, ma alla sua morte questo *peculium* tra la madre ed i fratelli e le sorelle dovea dividersi in quella guisa medesima che sarebbe stato diviso se da principio non vi fosse stato il padre (18). 3) (528) Che i figli delle figlie del defunto non dovessero più dare un quarto dell'eredità agli agnati, siccome Valentiniano II. avea prescritto (19). 4) (529) Che i figliuoli illegittimi di una *mater illustris* non dovessero più succederle in concorso coi figliuoli legittimi (20). 5) (530) Che quelli che erano adottati da chi non fosse un loro ascendente naturale dovessero conservare nella loro famiglia naturale tutt'i loro dritti di successione, e viceversa quei della loro famiglia naturale potessero ereditare da essi (21). 6) (531) Che la limitazione del dritto ereditario delle donne nella classe *unde legitimi* dovesse cessare (22). 7) (531) Che anche i figliuoli dei consanguinei morti, come pure quelli delle sorelle uterine ma non già anche i nipoti dovessero sempre subentrare in luo-

(15) Questo noi raccogliamo dalla L. 15. § 1. C. *eod.*

(16) Forse potè anche intendersi soltanto del caso quando secondo l'*Edictum de conjugendis cum emancipato liberis* l'emancipato concorreva coi suoi proprii figliuoli rimasti sotto la potestà del defunto V. sopra § 337. Nota 7.

(17) L. 2. C. *de jure liberor.* (8. 59.) § 4. J: *de Sct. Tertull.* (3. 3.)

(18) L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (6. 56.)

(19) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) § 14. 15. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)

(20) L. 5. C. *de Sct. Orphit* (6. 57.)

(21) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (1. 48.) § 13. e 14 J. *de her. quae ab intest.* (3.1.)

(22) L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.) V. § 337. Nota 12.

go dei loro genitori, e quindi salire di un grado e precedere coloro che i loro genitori avrebber preceduti, ma quando concorressero figliuoli di diversi fratelli o sorelle non dovessero dividere in *stirpes*, ma sibbene in *capita* (23). 8) (532) Che alla morte di un figliuolo emancipato, anche quando la madre non era più in vita, il padre non dovesse come *patrono* escludere i fratelli e le sorelle, ma piuttosto il patrimonio dovesse ricadere ai medesimi, ed il padre non dovesse conseguire che l'usufrutto sull'intero (24). 9) (534) Che la *Successio graduum* dovesse aver luogo eziandio nella classe *unde legitimi* (25). 10) (534). Che i germani usciti per emancipazione dalla famiglia, come pure gli uterini dovessero avere un dritto perfettamente eguale coi consanguinei, ma i figliuoli de' germani emancipati già morti non potessero, come i figliuoli degli altri germani, salire di un grado, ma soltanto concorrere con gli Zii come parenti di terzo grado (26). 11) (534) Che la madre che si fosse rimaritata non dovesse avere il semplice usufrutto della sua porzione ereditaria in concorso coi fratelli e le sorelle (27). 12) (536) Che intanto nei beni paterni del figliuolo morto la madre rimaritata non dovesse sempre avere che il solo usufrutto, tanto se il matrimonio fosse conchiuso prima quanto se fosse conchiuso dopo la morte del figliuolo (28). 13) (536) Che i fratelli e le sorelle che avessero insidiata la vita al defunto, o lo avessero accusato, o avesser tentato di fargli perdere il patrimonio non potessero ereditare da lui (29). 14) (536) Che anche in concorrenza con semplici figliuole la madre non dovesse ricevere che una sola porzione virile (30). 15) (537) Che i figliuoli delle figlie anche in concorso con altri discendenti dovessero conseguire tutta la porzione ereditaria materna e non semplicemente due terzi (31).

(4 *Veduta generale.*

§ 341. Per quello che fin qui abbiam detto è manifesto che prima della novella 118. il sistema di successione era il seguente:

1.° La classe *unde liberi* avea luogo così per le femine come pei

(23) L. 11. § 1. C. *eod.* Confr. L. 13. pr. C. *eod.*
(24) L. 13. C. *eod.*
(25) L. 15. § 3. C. *eod.* § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.)
(26) L. 15. § 1. e 2. C. *eod.*
(27) Nov. 2. C. 3. Confr. Nov. 22. c. 47.
(28) Nov. 22. c. 46.
(29) Nov. 22. c. 47. pr.
(30) Nov. 22. c. 47. § 2.
(31) Nov. 18. c. 4.

maschi (1), e comprendeva quasi tutt' i discendenti; imperocchè essa anche per le donne non era più limitata ai figliuoli di primo grado (2), ed erano ammessi anche i discendenti di figliuole o nepoti già morte del defunto (3), come pure i figliuoli nati da emancipati dopo l' emancipazione(4), ed anche quei discendenti, che un altro avea adottati,senza alcuna restrizione nel caso di una *adoptio minus plena*(5),e nel caso di una *adoptio plena* almeno quando erano stati di nuovo emancipati dal loro padre adottivo (6), col che però perdevano d' altra parte il loro dritto di successione nella famiglia adottiva (7). Per la discendenza delle donne non era a tenersi conto della nascita legittima (8), con la sola eccezione che i figliuoli illegittimi di una *mater illustris* non poteano ereditare da lei insiem coi figliuoli legittimi (9). Oltre a ciò tutti gli eredi di questa classe attualmente eran tenuti come *sui heredes*, che acquistavano l'eredità *ipso jure* (10). La divisione avveniva sempre in guisa che i figliuoli ottenessero una porzione virile, i discendenti più lontani succedessero in istirpi,nel che anche i figli delle figliuole ricevevano l'intera porzione della madre (11).

2:° Nella classe *unde legitimi*, nella quale attualmente avea luogo anche la *successio graduum*(12) 1)ereditavano nel luogo dei *consanguinei* A. tutti i fratelli e le sorelle senza distinzione di sesso, e sempre per capi(13),eccetto solamente coloro che per una *adoptio plena* erano usciti dalla famiglia(14),o aveano teso insidie alla vita del defunto,o lo aveano accusato, o aveano tentato di fargli perdere il patrimonio (15).B. I figliuoli ma non già anche i nipoti dei fratelli e delle sorelle morte (16),

(1) Pr. § 1. 2. J *de Sct. Orphit.* (3. 4.)
(2) § 2. J. *eod.*
(3) L. 9. L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55) Nov. 18. c. 4.
(4) L. 4. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test.* (38. 6.) L. 3. § 9. L. 14. § 1. L. 17. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(5) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.) § 13. 16. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.)
(6) L. 6. § 4. L. 14. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)
(7) L. 1. § 6. L. 4. D. *si tab. test.* (38. 6.)
(8) L. 1. § 2. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 8. D. *unde cogn* (38. 8.)
(9) L. 5. C. *de Sct. Orphit.* (6. 57.)
(10) L. 10. L. 11. C. *de suis et l git.* (6. 55.) L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(11) L. 12. C. *de suis et legit.* (6. 55.) Nov. 18. c. 4.
(12) L. 15. § 3. C. *de legit. hered.* (6. 58) § 7. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.)
(13) L. 15. § 1. 2. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.)
(14) L. 10. pr. C. *eod.*
(15) Nov. 22 c. 47. pr.
(16) L. 14. § 1. L. 15. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

eccetto quelli nati da emancipati, sebbene questi ultimi ereditassero essi stessi in concorso con gli altri fratelli e sorelle (17). Una conseguenza del principio che la successione in questa classe negli altri casi avea luogo secondo la prossimità del grado, era anche che i figliuoli di fratelli o sorelle nati da diversi fratelli o sorelle, quando non concorrevano coi fratelli o colle sorelle dei genitori doveano dividere non per istirpi ma per capi (18). C. I genitori. Se di questi eravi soltanto il padre, egli allora precedeva tutti gli altri parenti collaterali (19), ma in concorso con fratelli o sorelle o con figliuoli di costoro otteneva o conservava soltanto l'usufrutto del patrimonio, secondo che si trattava della successione al patrimonio di un figliuolo emancipato, o al peculio avventizio di un figliuolo sotto la patria potestà, mentre la proprietà deferivasi ai fratelli ed alle sorelle ed ai loro figliuoli (20). Se poi eravi soltanto la madre, ella per certo avea anche la preferenza su i parenti collaterali più lontani, ma in concorso coi fratelli e colle sorelle e coi figliuoli di costoro non otteneva che una parte di un figliuolo (21), ed anche questa non sempre senza qualche restrizione, giacchè nel caso di un secondo matrimonio, su i beni paterni che si trovavano nella sua porzione ereditaria non le spettava che il semplice usufrutto (22). Finalmente se ambedue i genitori erano in vita, allora certamente succedeva solo il padre, quando non concorresse alcun fratello o sorella o figliuoli di costoro (23); ma nel caso opposto, se si trattava della successione di un emancipato, il padre e la madre ottenevano ciascuno l'usufrutto sopra un quarto, ma i fratelli o le sorelle o i loro figliuoli conseguivano l'altra metà, e la proprietà dell'intero, se poi si trattava della successione di un figliuolo morto sotto la patria potestà, al solo padre rimaneva l'usufrutto, ma la proprietà dividevasi tra la madre ed i fratelli e le sorelle secondo i medesimi principii come se il padre non fosse più in vita (24). Per la madre non si ricercava più il *jus liberorum* (25). 2) Dopo le predette persone succe-

(17) L. 15. § 1. C. *eod.*
(18) L. 14. § 1. C. *eod.*
(19) Pei figliuoli emancipati, *jure patronatus*, veggasi appresso § 353. Nota 28-30., e pei figli di famiglia, in forza della patria potestà, la quale gli dava il dritto di riprendere il peculio vacante.
(20) L. 13. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 7. C. *de Sct. Tertull.* (5. 56.)
(21) L. 7. C. cit. Nov. 22. c. 47. § 2.
(22) Nov. 22. c. 46.
(23) Per le ragioni notate nella Nota 19.
(24) L. 7. § 1. C. *de Sct. Tertull.* (5. 56.)
(25) L. 2. C. *de jure. lib.* (8. 59.) § 4. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.)

devano gli *agnati* secondo l'antica guisa, colla sola modificazione che le agnate ebbero di nuovo un dritto ereditario illimitato (26), e che erano considerati come *agnati* non solo quelli che aveano patito una *adoptio minus plena*, ma anche coloro che per emancipazione erano usciti dalla famiglia, ed i loro discendenti (27).

3.° La classe *unde cognati*, come pure:

4.° La classe *unde vir et uxor* rimasero amendue interamente come nell'Editto del Pretore erano state introdotte, se pure non si voglia tener conto che molte persone fra quelle che da prima non potevano pervenire alla successione se non nella classe *unde cognati*, appartennero di poi alle classi precedenti. La disposizione di Teodosio II. che la *bonorum possessio unde vir et uxor* dovesse sempre essere *sine re* quando vi erano parenti, i quali non avessero a tempo fatta la domanda (28), fu per verità trasandata da Giustiniano nel suo Codice, ma è da notare che essa non avea più importanza; imperocchè si era già generalmente conceduto ad ogni più prossimo erede di revindicar l'eredità dal *bonorum possessor* più remoto (29).

Il Sistema di successione della Novella 118. (*)

§ 342. Il Sistema di successione, che abbiamo svolto trovasi tuttora nelle Pandette, nel Codice, e nelle Istituzioni; ma nella novella 118 pubblicata nel 543 Giustiniano stabilì pei parenti un ordine di successione interamente nuovo, il quale apparentemente non distingue che tre classi: discendenti, ascendenti, e collaterali, ma in realtà stabilisce quattro classi di eredi (1).

1.° Nella prima classe stanno tutt' i discendenti del defunto, dei quali i più lontani non succedono se non quando i più prossimi, per mezzo dei quali essi discendono dal defunto, sieno a questo premorti. I figli

(26) L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (6. 58.)
(27) L. 11. L. 15. § 1. C. *eod.*
(28) V. § 340. Nota 12.
(29) V. § 303. in fine.
(*) *Buchel* Quistioni sulla Novella 118. *Marburg* 1839.
(1) Intorno a ciò si son composti i seguenti versi per ajuto della memoria:

> Descendens omnis succedit ab ordine primo;
> Ascendens propior, fratres et liberi eorum;
> Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus;
> Denique proximior reliquorum quisque superstet.

senza distinzione di sesso dividono la successione per capi, i nipoti poi i pronipoti o altri discendenti più lontani, per stirpi (2).

2.° La seconda classe è formata 1) dagli ascendenti del defunto, e quando ve ne sieno di diversi gradi, è formata sempre dai più prossimi, anche se i più lontani appartengano ad un'altra linea (3); 2) dai fratelli e dalle sorelle bilaterali del defunto; e 3) dai figliuoli ma non già dai nipoti dei fratelli o delle sorelle morte prima di colui, della cui successione si tratta (4). Certamente a questi figliuoli di fratelli o sorelle dalla Novella 118 non fu conceduto il dritto ereditario che in concorrenza coi fratelli e colle sorelle, in modo che erano interamente esclusi dagli ascendenti; ma più tardi Giustiniano li ammise anche in concorrenza con gli ascendenti (5). Qui la divisione è molto varia. 1) Se vi sono soli ascendenti, concorrendo ascendenti delle due linee dividono l'eredità secondo la linea, giacchè la metà del patrimonio ricade al lato paterno, e l'altra metà al lato materno, e nella stessa guisa si divide ulteriormente tra gli Avi (6). 2) Se concorrono ascendenti con fratelli e sorelle e figliuoli di fratelli e sorelle, gli ascendenti ottengono una porzione virile (7), egualmente che 3) i fratelli e le sorelle, che sempre ricevono una porzione virile (8); 4) i figliuoli poi di fratelli e sorelle tutt' insieme non ereditano se non la parte del fratello o della sorella, da cui discendono, e però succedono per istirpe (9), ed è cosa arbitraria l'eccettuarne il caso che siano soli, e farli allora venire alla divisione per capi (10). Del rimanente se i fra-

(2) Nov. 118. c. 1.

(3) Nov. 118. c. 2.

(4) Nov 118. c. 2 3.

(5) Nov. 127. prooem. c. 1. Se qui si sta alle parole, per verità non è detto se non che i figliuoli di fratelli e sorelle debbano ereditare insieme con gli ascendenti e con i fratelli e le sorelle, e non si fa espressamente menzione del caso, in cui concorrono soltanto con gli ascendenti; ma questo è uno dei casi in cui si ha da scegliere fra un senso della legge ragionevole ed un altro contrario alla ragione; imperocchè non si comprenderebbe come Giustiniano avesse ammesso i figliuoli di fratelli e sorelle insieme con gli ascendenti soltanto allorchè questi venissero ristretti dalla concorrenza di fratelli e sorelle, e per contrario gli avesse esclusi nel caso in cui gli ascendenti avrebbero potuto meglio rilasciare qualche cosa.

(6) Nov. 118. c. 2.

(7) Nov. 118. c. 2.

(8) Nov. 118. c. 2. 3.

(9) Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.

(10) L'opinione contraria si fonda sulla ragione che così era anticamente L. 14. § 1. C. *de legit. hered.* (6. 58.); ma questo dipendeva da ciò, che anticamente nella classe *unde legitimi* la successione per gradi a parti eguali formava la regola, e che quantunque nel tempo posteriore i figliuoli di fratelli e sorelle fossero ammessi a succedere per istirpi

telli e le sorelle o i loro figliuoli sieno tuttora sotto la potestà del padre del defunto che concorre con essi, le loro porzioni ereditarie divengono un così detto *peculium adventitium extraordinarium*, sul quale il padre non ottiene l'usufrutto (11), quando già innanzi non l'abbia avuto, nel qual caso interamente lo conserva (12).

3.° Appartengono alla terza classe 1) i fratelli e le sorelle unilaterali di ogni specie, poco importando se abbiano comune col defunto il padre o la madre, e 2) i figliuoli ma non già i nipoti dei fratelli e delle sorelle unilaterali già morte, e qui la divisione si fa nello stesso modo che si osserva nella seconda classe tra i fratelli e le sorelle e i loro figliuoli (13).

4°. Da ultimo la quarta classe comprende tutti gli altri parenti secondo la prossimità del grado, per modo che i più prossimi escludono i più remoti, e quelli del medesimo grado ottengono una porzione virile, ma senza limitare la successione a certi determinati gradi di parentela (14), come prima si costumava per la classe *unde cognati* (15). Tutti gli eredi chiamati nella Novella son tenuti come *heredes juris civilis*. Il sesso e la diversità di agnazione e cognazione non è di alcuna importanza (16), come non è d'importanza un moltiplice legame di parentela (17). Di più così per rispetto al defunto come per rispetto all'erede è indifferente se il medesimo sia una persona indipendente o stia tuttora sotto la patria potestà (18), e quindi ora è cessata ezian-

insieme con i fratelli e le sorelle, pure subitochè si trovavano soli, non vi era più alcuna ragione di non applicare la regola generale. Ma la novella 118. non è fondata su questa regola. Nondimeno il Decreto imperiale del 1829. § 31 ha ammessa l'opinione contraria.

(11) Nov. 118. c. 2. verb.: « neque in hac specie etc. »

(12) Tal'è il caso quando il defunto stava ancora sotto la potestà, ed il patrimonio ereditato era un *peculium adventitium ordinarium* L. 7. § 1. C. *ad Sct. Tertull.* (6.56.) L. 11. C. *commun. de success.* (6. 59.) L. 3. L. 4. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(13) Nov. 118. c. 3. pr.

(14) Nov. 118. c. 3. § 1.

(15) V. § 337. Nota 15.

(16) Nov. 118. c. 4. 5. Nov. 158: prooem. Per conseguenza non solo rimane senza influenza la *capitis diminutio minima* di un erede, ma cessa anche l'*Edictum de conjungendis cum emancipato liberis* (§ 337. Nota 7.) giacchè l'emancipato esclude ora i suoi figliuoli rimasti sotto la patria potestà e nella famiglia del defunto.

(17) Soltanto nella *successio in stirpes* ed *in lineas* s'intende da sè che una moltiplice parentela può dare più porzioni, il che può avvenire 1.) allorchè ai bisavoli succedono de' pronipoti o viceversa, 2.) allorchè nella terza classe il defunto avea dei fratelli o delle sorelle unilaterali da due lati, i quali contrassero insieme matrimonio, e morirono lasciando figliuoli. *Gluck* Successione intestata § 40., e *Klupfer* dis n. 4. vanno troppo oltre

(18) Nov. 118. c. 1. 2.

dio la successione eccezionale nei peculii, che per l'innanzi avea luogo. Per verità rispetto al *peculium profectitium* rimane l'antica regola che esso ricade al padre, giacchè la Novella 118 non riguarda che il patrimonio proprio del defunto, e non è abolito il principio che quel peculio si appartenga al padre (19). Ma è tutt' altrimente pei peculii che sono un patrimonio particolare dei figliuoli, e quindi 1) pel *peculium castrense* e *quasi castrense*. Prima della Novella 118 su tal materia era opinione che, sebbene il figliuolo fosse tenuto come una persona indipendente, e potesse anche far un testamento, nondimeno ciò non si dovesse applicare che a suo proprio vantaggio, e quindi se egli fosse morto senza testamento, ritornasse in vigore l'antico dritto del padre su gli acquisti dei figliuoli e per conseguenza quei peculii ricadessero al padre. Nondimeno ciò era riguardato come una vera successione universale, il perchè il padre dovea assumere eziandio i debiti, pei quali, come nel *peculium profectitium*, era tenuto fra un anno, ed in sostanza era trattato interamente come un erede (20). Ma siccome la Novella 118 dee valere anche per la successione di coloro che son morti stando sotto la patria potestà, così qui dee aver luogo la successione ordinaria secondo la predetta Novella. 2) Pel così detto *peculium adventitium*. Questo certamente fin da principio non ricadeva al padre quando il possessore moriva, ma nondimeno l'ordine di successione era stabilito alquanto diversamente dalle regole ordinarie (21); del che ora non è più a far parola. Ed è parimenti cessato quel dritto ereditario particolare che nella successione dei figliuoli emancipati per l'innanzi apparteneva al padre in qualità di *patrono* (22), giacchè anche questo è inconciliabile col principio della Novella 118, che cioè non si debba aver riguardo se il morto fosse o no sotto la patria potestà.

(19) V. § 297. Nota 9.

(20) L. 20. § 10. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 44. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. pr. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 10. pr. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 1. L. 2. L. 17. pr. D. *de castr. pec.* (49. 17.) L. 5. C. *eod.* (12. 37.)

(21) L. 10. C. Th. *de maternis bonis* (8. 18.) L. 7. § 1. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) L. 11. C. *commun. de succ.* (6. 59.) L. 3. L. 4. L. 6. § 1. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Confr. § 341.

(22) V. § 252. 253.

III. Teorica di compimento.

1) Successione in mancanza di eredi del sangue.

§ 343. Nella novella 118 Giustiniano, siccome espressamente fa notare, non ha voluto riformare se non l'ordine di successione dei parenti (1); e però la Novella non decide sul caso che non vi sien parenti, o che questi per qualsivoglia ragione non possano o non vogliano essere eredi, e quindi subentra qui per compimento il dritto antico. In conseguenza vi è luogo:

1.° Primamente alla *bonorum possessio unde vir et uxor* del dritto pretorio, allorchè è sopravvivente il conjuge legittimo e non separato per divorzio del defunto (2), il quale però nel termine legale della *agnitio* dee domandare la *bonorum possessio*, giacchè la teorica posteriore, la quale permise a tutt' i prossimi eredi di poter sempre far valere il loro dritto ereditario non fu stabilita che pei parenti (3).

2.° Ma se non vi sia neppure alcun conjuge sopravvivente, o se questi non pervenga alla successione, allora l'eredità, che vien detta bene senza padrone *bonum vacans*, per regola si devolve al fisco. Fin nelle dodici Tavole s' incontra un caso di tal fatta. Imperocchè le donne Vestali non potevano avere altri eredi che testamentarii, ed i beni che lasciavano erano per conseguenza senza padrone, tostochè erano morte senza testamento, ma allora erano raccolti dall'*aerarium populi* (4). Come la *lex Cornelia testamentaria* ebbe introdotta la nota *fictio legis Corneliae* aggiunse nel tempo istesso che, quando colui che moriva nella prigionia del nemico non lasciava alcun erede, la sua eredità dovesse parimente ricadere al Tesoro dello stato (5), e la *lex Papia Poppaea* infine elevò questo a regola generale, attribuendo tutt'i beni vacanti al Fisco (6). Intanto il Fisco fra quattro anni, dopo che la successione gli si è deferita, dee dichiarare la sua ac-

(1) Nov. 118. prooem.

(2) V. § 237 Nota 21.

(3) V. § 303. Nota 30.

(4) *Gell.* I. 12. In certo modo anche la successione nel patrimonio degli ostaggi si potrebbe qui annoverare V. § 317. Nota 7.

(5) L. 22. § 1. D. *de captivis* (49.15.)

(6) Caj. II. 150.; Ulp. XXVIII. 7. L. 96. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. C. *de bon. vac.* (10. 10.) L. 4. C. *de praepos. sacri cubic:* (12. 5.)

cettazione (7). Ma se a tempo debito abbia ciò fatto, le cose come fiscali sono sottratte all'usucapione, e ciò retroattivamente dal momento in cui si è data notizia al Fisco del deferimento, e quindi solo l'usucapione che anteriormente fosse già compiuta rimane valida (8). Col patrimonio passano nel Fisco eziandio i debiti (9), e possono anche essergli imposti dei legati (10), anzi esso deve anche soddisfare i legati imposti semplicemente agli eredi, non altramente che se egli fosse l'erede (11). Nondimeno anche dopo l'accettazione esso può liberarsi da questa obbligazione abbandonando il patrimonio ai creditori (12). Se il patrimonio trovasi sparso in più Stati, in tal caso succede soltanto lo Stato nel quale il defunto avea il suo domicilio (13). Ma in certe circostanze secondo le costituzioni Imperiali alcune persone son preferite al Fisco nei beni vacanti (14). 1) Da prima un Rescritto di Marco Aurelio ordinò su tal proposito che, quando un testatore nel suo testamento abbia fatto delle manomissioni o dirette o fedecommessarie, e non solo gli eredi testamentarii abbiano rinunziato e reso *destitutum* il testamento, ma anche gli eredi ab intestato a cagione dei debiti abbiano ricusata l'eredità, cosicchè questa come bene vacante dovrebbe ricadere al Fisco, per favore della libertà, ciascuno degli schiavi manomessi che possa offrire una sufficiente cauzione di soddisfare interamente tutt'i creditori, e di mantenere tutte le manomissioni, debba avere il dritto di domandare che gli sia consegnata l'eredità invece degli eredi testamentarii, il che addimandasi *addictio bonorum libertatum servandarum causa* (15). Da prima ciò non si applicava al caso che si contenessero delle manomissioni fedecomessarie semplicemente in codicilli intestati, e che tutti gli eredi ab intestato rifiutassero l'eredità, nondimeno venne di poi anche esteso a questo caso (16); anzi più tardi fu esteso anche al

(7) L. 6. § 7. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.) L. 10. § 1. D. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.) L. 1. § 2. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de quadrienn. praescr.* (7. 37.) C. *de bon. vac.* (10. 10.)

(8) § 9. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 18. D. *de usurpat.* (41. 3.)

(9) L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 128. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)

(10) L. 114. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(11) L. 96. § 1. D. *eod.* L. 6. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(12) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 1.) L. 4. § 20. D. *de fideic. libert.* (40. 5.). Di altra opinione è *Gluck* successione intestata § 209. Nota 1.

(13) *Gluck* l. c. § 208.

(14) *Felleri* P. I. e II. de succ. eorum qui fisco praeferuntur. Lipsia 1773. 4.

(15) Pr. § 1-4. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.) L. 2-4. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.) L. 15. C. *de manum. test.* (7. 2.)

(16) § 3. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.)

caso che un debitore morto insolvibile avesse durante la sua vita manomesso degli schiavi, ma fosse poi sorta la quistione se queste manomissioni fossero invalide come fatte in frode dei creditori (17). Ancora di poi fu ammesso all'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* ognuno che offrisse la richiesta cauzione, e quindi non i soli schiavi manomessi (18), e Giustiniano infine aggiunse ancora A. che l'*addictio* sia ammessa anche quando per essere stata l'eredità rifiutata eziandio dal Fisco fosse stata di già conceduta ai creditori la *missio in bona defuncti*, anzi anche quando già fosse seguita la vendita dei beni (19); B. che non si opponga all'*addictio* che la cauzione si limiti soltanto al pagamento di un tanto per cento sopra tutti i debiti, se i creditori vi abbiano consentito, ma per contrario la cauzione di lasciar sussistere solo una parte delle manomissioni non giovi, se non quando gli schiavi interessati posteriormente consentano a rimanere schiavi (20); e C. che anche più concorrenti possano ottenere insieme l'*addictio*, se l'uno non sopraimponga all'altro, la qual cosa si deę prendere in considerazione anche dopo che l'eredità sia stata attribuita ad uno (21). Ma mentre questa successione richiede un'*addictio* giudiziale, 2) Costantino e gl'imperadori che seguirono attribuirono immediatamente a certe persone un dritto legale sui beni vacanti, e per esse allora han vigore gl'istessi principi che valgono pel Fisco, tranne solo che le cose non son sottratte all'usucapione, e che non si può concedere a quelle persone il dritto di rifiutare i beni una volta accettati. Così A. se il morto era membro di una corporazione, i suoi beni vacanti ricadevano alla medesima (22), B. se era soldato, ricadevano alla *Vexillatio*, nella quale avea servito (23), C. se era decurione, ricadevano al *Collegium* della Curia (24), e D. se era ecclesiastico, ricadevano alla Chiesa, alla quale egli apparteneva (25). Oltre a ciò E. quando il Sovrano avea donato a più persone insieme qualche cosa, ed uno di questi *socii liberalitatis Principis* moriva senza erede, l' altro conseguiva

(17) § 6. J. *eod.* Confr. § 123. Nota 13. e 14.

(18) L. 15. pr. C. *de man. test.* (7. 2.). Non è esatto quando questo principio viene già attribuito alla costituzione di Marco Aurelio.

(19) L. 15. pr. C. cit.

(20) L. 15. § 1-3. C. *eod.*

(21) L. 15. § 4. C. *eod.*

(22) L. 1. L. 5. C. *de hered. decur.* (6. 62.)

(23) L. 2. L. 3. C. *eod.* L. un. C. Th. *de bon. mil.* (5. 4.). Una *vexillatio* si componeva di due coorti, quindi corrispondeva ad un nostro reggimento, giacchè una coorte si può assomigliare ad un nostro battaglione.

(24) L. 4. C. *de her. decur.* (6. 62.) L. un. C. Th. *eod.* (5. 2)

(25) L. 20. C. *de episc.* (1. 3.) L. un. C. Th. *de bon. cler.* (5. 3.)

anche la parte del dono che a costui si apparteneva(26).Per contrario i Comuni non hanno alcuna pretensione sui beni vacanti de' loro membri (27). Per regola veramente sono vacanti o senza eredi solo le intere eredità; nondimeno può avvenire che sia vacante una sola parte di un eredità, quando di più eredi uno abbia ottenuto la restituzione contro l'accettazione, giacchè in tal caso non ha luogo il dritto di accrescimento contro la volontà degli altri (28).

2) Successione straordinaria della vedova povera, e delle persone congiunte per concubinato.

§ 344. Con gli eredi ordinarii tanto testamentarii quanto *abintestato* possono per eccezione concorrere legalmente certe altre persone, per guisa che appartenga loro una parte determinata dell'eredità. Ciò si fonda sopra talune disposizioni di Giustiniano.

1.° Un caso di questa specie ha luogo allorchè un uomo ricco muore lasciando una vedova povera (1). Da prima Giustiniano avea conceduto un eguale dritto anche al vedovo di una donna ricca (2); ma più tardi limitò questa straordinaria successione alle sole vedove povere (3). Le condizioni di siffatta successione sono che il defunto abbia lasciato un patrimonio considerevole per rispetto al suo stato, e che la vedova non possegga un proprio patrimonio sufficiente al suo mantenimento, nè sia stata stabilita una dote o donazione *propter nuptias* da doverle appartenere, ma è indifferente se la vedova possa mantenersi col lavoro, ovvero se abbia o no la speranza di ottenere una volta un patrimonio (4). La parte dovuta alla vedova regolarmente ascende ad un quarto dell'eredità, salvo allorchè ella concorre con più di tre figliuoli del marito, nel qual caso non consegue che una porzione virile (5). Nondimeno si deduce da ciò quel che il marito gli ha forse legato, ma non già quel-

(26) L. un. C. *si liberalit. imperialis socius* (10. 14.) L. 1. L. 2. C. Th. *si petit. socius* (10. 14.)

(27) L. 1. C. *de bon. vacant.* (10. 10.)

(28) L. 55. L. 61. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(1) *Lohr* nel mag. per la legislazione e giurisprudenza vol. III. n. 10., il medesimo nell'Arch. per la prat. civ. vol. XXII. n. 1.; *Zimmern* quadro del dritto di eredità § 59. seg.

(2) Nov. 53, c. 6.

(3) Nov. 117, c. 5.

(4) Nov. 53. c. 6. § 2.

(5) Nov. 117. c. 5. Confr. appresso § 369. Nota 18-20.

lo che ella stessa possiede (6). Se gli eredi sono figliuoli del marito, ella ottiene sulla sua quota il semplice usufrutto, ma in altri casi ne ha la proprietà (7). Ma in amendue i casi ella dee sostenere una parte proporzionala dei debiti, se non che la sua responsabilità non si estende più oltre dell'ammontare della sua quota (8).

2.° Una somigliante successione può provenire dal concubinato (9). 1) Se muore un uomo lasciando una concubina o figliuoli di una concubina, questi debbono tutt'insieme avere un sesto dell'eredità, la qual porzione anche il Fisco è tenuto a dar loro dai beni vacanti, e questa si dividono tra loro per capi (10), presupposto però che il morto non abbia avuto più concubine nel tempo stesso, ovvero una concubina insiem con la moglie (11). 2) Ma reciprocamente anche alla morte di un figliuolo avuto dal concubinato il padre dee del pari avere un sesto dal patrimonio di costui (12). Questa successione non si può estendere ad altri illeciti congiungimenti, imperocchè in questi non si riconosce paternità (13). Ma non vi è ragione di considerare come abolite siffatte straordinarie successioni dopo la Novella 118., imperocchè esse non si oppongono al nuovo ordine di successione più che all'antico.

3) *Capacità di succedere nella successione intestata.*

§ 343. Nel silenzio della Novella 118 sopra le condizioni della capacità di poter divenire erede intestato, debbono anche in questo rapporto applicarsi per compimento gli antichi principi, in quanto sono conciliabili coi principii del nuovo ordine successorio. Quindi

1.° Per la successione dei parenti debb'esistere una parentela valida e riconosciuta. E però 1) tutti coloro che han patito una *capitis diminutio media o maxima* non possono nè ereditare dai loro primi parenti, nè averli ad eredi; imperocchè qui la parentela è civilmente estinta (1), ma una *capitis diminutio minima* non ha alcuna influenza (2),

(6) Nov. 53. c.6. § 1. 2.
(7) Nov. 117. c. 5.
(8) Nov. 53. c.6. § 1.
(9) *Hagen* de liber. natur. success. in bon. pat. Jenae 1815. 4.; *Mayer* Il dritto di successione intestata dei *lib. nat.* secondo il dritto Romano attuale. Tubingen 1838. 8.
(10) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. § 4.
(11) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. § 5.
(12) Nov. 89. c. 13.
(13) § J. *de success. cogn.* (3..5.). Di altra opinione è *Hagen* l. c. c. 5. e 6.
(1) V. § 101. Nota 6.
(2) V. § 342. Nota 15.

essendochè essa lascia sussistere il legame del sangue(3), salvo allorchè la parentela non sia fondata che sulla sola adozione, nel qual caso con l'uscire dalla famiglia interamente si estingue (4). Simigliantemente 2) coloro, la cui parentela è stata sconosciuta da una sentenza passata in giudicato, non possono trasmettere l'eredità nè essere eredi in qualità di parenti (5). 3) La nascita fuori di matrimonio A. salvo la successione straordinaria pel concubinato (6), non produce dal lato paterno alcun dritto ereditario (7), se non quando abbia avuto luogo la legittimazione (8), e nella *legitimatio per curiae dationem* trovasi anche la restrizione, che questa produce effetto soltanto per rispetto al padre medesimo, ma non già per rispetto ai suoi parenti (9); per contrario B. per rapporto alla madre ed ai parenti materni i figliuoli illegittimi sono qui eguagliati ai legittimi (10). 4) L'adozione e l'arrogazione per regola producono dritti ereditarii in due famiglie, giacchè ora continuano i dritti di successione nella famiglia naturale (11), ma nel tempo stesso l'adottato si ritiene come legittimo parente del suo padre adottivo e degli agnati di costui (12). Nondimeno in questo ultimo rapporto s'incontrano delle eccezioni: A. allorchè l'adottato sia nuovamente uscito dalla famiglia adottiva (13); B. nell'adozione da parte di una donna, per la quale nasce soltanto un dritto ereditario dell'adottato verso la madre adottiva (14); e C. nella così detta *adoptio minus plena*, per la quale nasce soltanto un dritto ereditario del medesimo verso il padre adottivo (15). 5) Siccome i figliuoli di una donna, che alcuno in un pub-

(3) V. § 101. Nota 7.

(4) § 10. 11. J. *de hered. quae ab intest.* (3. 1.) V. § 101. Nota 8.

(5) L. 3. pr. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.)

(6) § 4. J. *de succ. cogn.* (3. 5.) § 12. J. *de nupt.* (1. 10.)

(7) V. § 344. Nota 10-12.

(8) L. 10. C. *de natur. lib.* (5. 27.) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 8. 9.

(9) Nov. 89. c. 4.

(10) § 7. J. *de Sct. Tertull.* (3, 3.) § 3 J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 2. L. 4. L. 8. D. *unde cogn.* (38. 8.) L. 1. § 2. L. 2. § 1. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)

(11) V. § 342. Nota 16.

(12) L. 7. L. 23. L. 26. D. *de adopt.* (1. 7.) L. 10. § 1. C. *eod.* (8. 48). Il principio di questi passi che la parentela adottiva si estenda soltanto agli agnati e non già ai cognati ed alla moglie del padre adottivo, a rigore ora dovrebbe cessare per la successione; imperocchè la Novella 118. c. 4. dispone di non riguardarsi l'agnazione. Ma ciò sarebbe portar troppo oltre la conseguenza.

(13) V. Nota 4.

(14) L. 5. C. *eod.* § 10. J. *eod.* (1. 11.) V. § 97. Nota 58.

(15) L. 10. C. *eod.* § 2. J. *eod.* § 14. J. *de hered. quae ab intest.* (3.1.) V. § 97. Nota 55.

blico titolo abbia dichiarato per suoi figliuoli, secondo la prescrizione di Giustiniano, debbono esser tenuti come tali per tutt' i rapporti, purchè il medesimo abbia potuto contrar matrimonio colla madre (16), così da una siffatta dichiarazione ne risultano eziandio quei dritti ereditarii di parentela, che sarebbero risultati in caso di nascita legittima dei figliuoli.

2.° Nella successione dei conjugi, compresa la successione straordinaria della vedova povera, richiedesi del pari che il matrimonio sia stato valido, e non siasi sciolto per divorzio prima della morte, imperocchè un matrimonio nullo non può produrre alcun dritto matrimoniale (17), e pel divorzio tutti questi dritti vanno via (18).

3.° Di più è mestieri che non vi sia alcuna ragione legale e speciale di esclusione dalla successione, ed una siffatta esclusione, prescindendo dalla incapacità generale di succedere (19), colpisce 1) i figliuoli illegittimi di una *mater illustris*, quando vi sono eziandio figliuoli legittimi (20). 2) Le vedove, che non hanno osservato l'anno del lutto, se il morto non sia con esse parente fra il terzo grado (21). 3) I fratelli e le sorelle del defunto, che abbiano attentato alla sua vita, o l'abbiano accusato, o abbiano tentato dolosamente di fargli perdere il patrimonio (22). 4) I più prossimi eredi ab intestato *in concreto*, i quali abbiano trascurato di far nominare un tutore, quando ve n' era mestieri, a colui alla cui successione son chiamati (23). 5) I parenti che abbiano contratto col defunto un matrimonio incestuoso, o che per mezzo di un siffatto congiungimento discendono da lui (24). E 6) i parenti che non abbiano avuto cura del morto allorchè era demente, sebbene ne fossero stati richiesti (25).

4.° Per la quistione di sapere quali siano i parenti più prossimi relativamente al dritto di succedere si vuol por mente in prima al momento

(16) Nov. 117. c. 2.

(17) V. § 103. Nota 16.

(18) V. § 115. Nota 2.

(19) V. § 309.

(20) L. 5. C. *de Sct. Orphitiano* (6. 57.)

(21) L. 1. C. *de secund. nupt.* (5. 9.) Nov. 22. c. 22. Nov. 39. c. 2. Qui anche i dritti di successione della vedova debbono come tali andar perduti; imperocchè il suo defunto marito non poteva essere un suo parente del terzo grado.

(22) Nov. 22. c. 47. pr.

(23) § 6. J. *ad Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. § 23-40. D. *eod.* (38. 17.) L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.) V. § 140.

(24) L. 6. C. *de incest. nupt.* (5. 5.) Nov. 12. prooem. c. 1. Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15.

(25) Nov. 115. c. 3. § 12. c. 4. § 6.

della morte di colui, della successione del quale si tratta; ma quando siavi stato un testamento, al momento in cui fu fermato che gli eredi testamentarii non verrebbero alla successione (26), e quando la successione per difetto di eredi più prossimi sia deferita ai più lontani, al momento in cui gli eredi immediatamente precedenti son mancati (27). Ma quei soli parenti hanno un dritto ereditario che alla morte del defunto erano almeno conceputi (28), non si richiede però che in quel momento fossero anche nati, imperocchè non solo i figliuoli postumi del defunto, ma anche gli altri parenti postumi possono ereditare (29), e quando siasi nell'aspettativa di siffatti eredi, e vogliasi anticipatamente procedere ad una divisione di eredità, bisogna anche supporre che nascano tre figliuoli ad un parto (30). Del rimanente tutti gli eredi intestati succedono in forza di un dritto proprio, *jure proprio*, ed una successione *jure repraesentationis*, nel senso che i parenti più lontani per poter rappresentare i più prossimi, per mezzo de' quali son congiunti in parentela col defunto, abbiano bisogno di aver acquistato la loro eredità, e di avere da essi in certo modo ereditato il loro dritto di successione, è interamente sconosciuta nel dritto Romano anche pei parenti che succedono soltanto in *stirpes*, e ciò tanto pei figliuoli di fratelli e sorelle (31), quanto pei nipoti (32).

4) *Divisione dei genitori tra i figliuoli.*

§ 346. Sebbene in generale non sia in facoltà del defunto di modificare nella successione intestata le regole legali intorno alla divisio-

(26) § 6. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.) *Gluck* Successione intestata. § 20.

(27) L. 8. § 1. D. *de suis et legit.* (38. 16.)

(28) § 8. J. *de her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 6. pr. D. *de injusto* (28. 3.) L. 1. pr. L. 10. D. *de ventre* (37. 9.) L. 1. § 8. D. *unde cognati* (38. 8.) L. 6. L. 7. L. 8. D. *de suis et legit.* (38. 16.). Di altra opinione a cagione della Nov. 118, sono *Griesinger* Storia della snità p. 293.; *Gluck* Successione intestata p. 588. seg.; *Rosshirt* Introduzione al dritto ereditario p. 300.; *Mackeldey* Istituzioni § 617.; *Lobenstera* nel giornale di Giess. vol. IX. p. 215. V. al contrario *Buchel* Quistioni sulla Nov. 118. n. 1.

(29) L. 127. D. *de legat.* I. (30.) ed i testi citati nella Nota 26. Del resto secondo Dion. Hal. III. 50. pare che nel tempo più antico i postumi non avessero avuto alcun dritto ereditario. Ma ciò dovè ben per tempo esser mutato, forse dalle stesse dodici Tavole.

(30) L. 3. L. 4. D. *si pars her. pet.* (5. 4.) L. 28. § 5. D. *de judic.* (5. 1.)

(31) *Gmelin* Histor. repraesentationis ex jure civ. Tubing. 1787. 4. Di altra opinione sono *Heisler* diss. de fratr. germ. lib. jure repraes. succedentibus in exerc. acad. Halae 1776. Nov. 10.; *Gluck* l. c. p. 105.

(32) Non si oppone L. 3. C. *unde lib.* (6. 14.) L. 5, C. Th. *de matern. bon.* (8. 18.) *Confr. Gluck* l. c p. 106.

ne, nondimeno ciò patisce un' eccezione nella prima classe, in cui fin dall'antichità fu ammesso il dritto della *divisio parentis inter liberos*, cioè la facoltà che ha il padre di famiglia di determinare in che modo i discendenti che ereditano da lui debbano in generale o in alcuni particolari rapporti dividere la successione. Il padre di famiglia può non solo disporre che un solo dei discendenti debba ottener certe cose o crediti per la sua parte (1), ovvero addossarsi egli solo alcuni debiti (2), ma può anche disporre una divisione disuguale (3) così immediatamente come mediatamente dispensandolo dalla collazione (4), o ordinando la collazione quando non dovrebbe aver luogo (5). L' ineguaglianza però non deve andar tant'oltre, che ne resti lesa la legittima d' un discendente (6). Ancora gli eredi non son tenuti all'ammontare del patrimonio che il morto avesse indicato, allorchè questa indicazione sia inesatta (7). Per siffatta disposizione non eravi secondo il dritto antico alcuna determinata forma (8), anzi Costantino avea ordinato che i testamenti incompiuti, in cui fossero istituiti dei discendenti, e determinate le loro porzioni ereditarie, dovessero nella successione intestata esser presi in considerazione per la divisione (9). Ma Giustiniano dispose che il testatore debba assolutamente ridurre in iscritto le sue disposizioni ed o sottoscriverle egli medesimo, o farle sottoscrivere dai discendenti interessati (10). Infino a che solo per la successione dei maschi fuvvi una classe speciale di discendenti, naturalmente solo i maschi poteano imprendere una divisione di tal fatta, ma dopo il Senato-consulto Orfiziano anche le donne ne ebbero il dritto (11). Per la novella 118, in questo rapporto non fu nulla immediatamente innovato, ma sibbene per modo di conseguenza, in quanto essa ammette eziandio una successione nei peculii, in cui il dritto della divisione dei genitori ora dipende dal vedere se il figlio di famiglia morto avrebbe o

(1) L. 32. L. 34. L. 39. § 5. D. *fam. herc.* (10, 2.) L. 21. C. *eod.* (3. 36.) L. 10. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(2) L. 20. § 3. 5. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(3) L. 39. § 1. D. *eod.*

(4) V. § 359. Nota 12.

(5) V. § 359. Nota 57. e 59.

(6) L. 8, C. *de inoff. test.* (3, 28.) L. 16. L. 21. L. 26. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(7) L. 10. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.) Confr. nondimeno § 357. Nota 57.

(8) L. 20. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16, L. 21. L. 26. C. *eod.* (3. 36.)

(9) L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) L. 26. C. *eod.* (3. 36.)

(10) Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

(11) E perciò nelle posteriori Costituzioni intorno a questa divisione parlasi semplicemente di *parentes*.

no potuto fare un testamento (12). Anche le disposizioni dei genitori intorno alla divisione, come una specie di disposizioni di ultima volontà, son sempre rivocabili (13).

CAPITOLO V.

DELLA SUCCESSIONE CONTRO UN TESTAMENTO (*).

I. Antichi principi prima della Novella 115.

1) *Diseredazione e preterizione dei figliuoli del testatore.*

A. Secondo il dritto civile antico.

§ 347. Nel dritto Romano più antico non s' incontra che un testatore fosse tenuto di aver riguardo ad eredi intestati di qualunque maniera; e questo stato di cose rimase ancora quando le leggi delle dodici Tavole dispensarono i testamenti dalla necessità dell'approvazione del popolo (1). Nondimeno in ciò eravi non solo una certa durezza; ma anche una inconseguenza quando facevasi testamento da un uomo che o già avea o veniva di poi ad avere de' figliuoli sotto la sua potestà, giacchè ogni acquisto di questi figliuoli si trovava nel patrimonio paterno e per questo appunto essi medesimi ne erano riputati comproprietarii (2). Per consegnenza poco dopo le dodici Tavole fu arrecata una restrizione alla libertà di testare, quantunque senza una precisa legge e per la sola interpetrazione dei Giureconsulti, es-

(12) Imperocchè chi non può far testamento, è anche escluso da qualunque altro atto di ultima volontà § 317. Nota 1., e quindi un *filius familias* che lascia ai suoi figliuoli un *peculium castrense* o *quasi castrense* ha la facoltà di far la divisione ma non già colui il quale non ha che un semplice *peculium adventitium* § 317. Nota 30. e 31.

(13) V. § 326. Nota 9. 29. 30.

(*) *L. Van de Poll.* lib. sing. de exhered. et praeterit. Rom. ac hodierna. Amstel 1700. 4.; C. *Hoffacker* diss. sistena histor. jur. civ. de exhered. et praeterit. lib. Tubingae 1782. 4.; *Foerster* de b.p. liberor. praeteritorum c. t. parentum. Praemissa est Disp. de suis hered. aut institut. aut exhered. Uratislav. 1823. 8.: *Meno Balett* pract. theor. diss. Gott. 1824. 8. n. 4.; il medesimo Dritto degli eredi necessarii Gott. 1826. 8.: *Bluntschi* Esposizione della successione contro le ultime volontà Bonn. 1829. 8; *Francke* Il dritto degli eredi necessarii e legittimarii Gott. 1831. 8.

(1) V. § 319.

(2) V. § 93.

sendochè nella pratica fu ammesso il principio che una persona, allorchè fa un testamento debba istituire eredi,o espressamente diseredare non solo i figliuoli che si trovano di già sotto la sua potestà, ma anche quelli che potrà avere in seguito, *sui et posthumi aut instituendi aut exheredandi sunt*(3), e che quando i medesimi sieno trasandati,si debba presumere una dimenticanza da parte del testatore,o un errore del medesimo intorno alla loro vita;e che quindi sia conforme alla sua verisimile volontà che un tal testamento sia tenuto invalido (4). Se il testatore nominava nel tempo istesso eredi diretti e sostituti,la diseredazione dovea seguire in maniera generale e non semplicemente pel caso che gli eredi diretti, o pel caso che certi sostituti pervenissero alla successione, altrimenti la diseredazione veniva assomigliata ad una preterizione (5). Per contrario non si richiedeva una ragione della diseredazione, giacchè quel che importava era solo di allontanare i dubbi intorno all'intenzione del padre, e certamente non si poteano più muover dubbi, subitochè i figli erano espressamente diseredati. Ma per essere interamente sicuri intorno a ciò richiedevasi eziandio pei figliuoli, che fossero nominatamente diseredati,il che pei figliuoli esistenti doveasi fare coll'indicazione del loro nome, e pei postumi, con una precisa dichiarazione che i figliuoli i quali per ventura sopravvenissero dovessero rimaner diseredati (6); ma per rispetto alle figliuole ed ai nipoti bastava una così detta *exheredatio inter caeteros*, mediante la clausola aggiunta alle istituzioni di erede: *caeteri exheredes sunto*, purchè però, se le figliuole o nipoti fosser nati posteriormente, il testatore avesse loro lasciato qualche legato, e dato a vedere per questo mezzo che egli realmente avea pensato ad essi, giacchè altrimenti anche costoro senza una diseredazione *nominatim* si ritenevano come trasandati e dimenticati (7). Nel caso dell'istituzione di *sui* o *posthumi* potevano a questa aggiungnersi delle

(3) Caj. II. 123. 130.; Ulp. XXII. 14. 15. 19.; pr. § 1. 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 30. D. *de lib. et posth.* (28, 2.); Augusto una volta vietò interamente la diseredazione dei figliuoli che erano soldati. Ma ciò non durò che per poco tempo L. 26. D. *eod.*

(4) Cic. de Orat. I. 39.; *Francke* l. c. § 2.

(5) L. 3. § 1-6. L. 8, L. 14. pr. § 1. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

(6) Caj. II. 123. 127. 132.; Ulp. XXII. 20. 21.; § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 1. L. 2. L, 3. pr. § 5. L. 17. D. *de lib. et posth.* (28. 2,) L. 3. pr. D. *de injusto* (28. 3.)

(7) Caj. II. 128. 132. 134.; Ulp. XXII. 20-22.; pr. § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 4. § 2. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

condizioni (8), ma all' istituzione di figliuoli non potevano aggiugnersi che condizioni potestative, altrimenti l' istituzione sarebbesi riguardata come non avvenuta (9). Se si fosse disposto contro questi principii, allora 1) la preterizione del pari che l' istituzione o la diseredazione non regolare di un figliuolo esistente, la quale alla preterizione veniva assomigliata avea per effetto la nullità dell' intero testamento (10), senza che esso potesse convalidarsi per la morte del figliuolo trasandato avvenuta durante la vita del testatore, ancorachè i Proculiani sostenessero l' opposto (11); al contrario 2) le figliuole e i nipoti trasandati venivano soltanto ad aggiugnersi agli eredi testamentari istituiti, cioè erano riguardati come istituiti in una porzione virile insieme con gli altri (12). 3) Per ciò che riguarda la preterizione dei figliuoli postumi, essa rimaneva senza importanza, allorchè questi non sopravvenivano, ma se il testatore veniva ad averne, senza distinzione se fosser maschi o femine o nipoti, il testamento per questo diveniva *ipso jure* invalido, *posthumus agnascendo rumpit testamentum* (13), e lo stesso effetto seguiva allorchè erano stati istituiti sotto condizione, ed eran nati prima che la condizione si fosse verificata (14). In ciò non si ponea mente neppure alla perfetta conformazione e vitalità dei figliuoli, sol che fossero momentaneamente usciti vivi alla luce (15), e Giustiniano rigettò l' opinione dei Sabiniani, i quali richiedevano che il fanciullo avesse almeno vagito (16). Non per tanto l' Editto del Pretore dava agli eredi testamentarii la *bonorum possessio secundum Tabulas*, quando i figliuoli posteriormente nati fosser premorti al testatore, essendochè qui la regola Catoniana non impediva che il testamento ac-

(8) L. 22. L. 24. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(9) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 86. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 15. L. 28. D. *de cond. nst.* (28. 7.) L. 83. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 20. § 4. D. *de oper. lib.* (38. 2.) L. 4. C. *de inst. et subst.* (6. 25.)

(10) Caj. II. 123.; Ulp. XXII. 16.; pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 30. L. 32. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. L. 3. § 3. D. *de injusto* (28. 3.)

(11) Caj. II. 123. pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 7. D. *de lib. et posth*, (28. 2.). Non si oppone L. 20. D. *eod.* in cui può essersi inteso parlare di una condizione potestativa.

(12) Caj. II. 124. Ulp. XXII. 17.; pr. J. *de exher. lib.* (2. 13.)

(13) Cic. de Orat. I. 57.; Caj. II. 131.; Ulp. XXII. 18. XXIII. 2. 3.; § 1. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 12. L. 22. L. 24. L. 30. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 1. L. 3. D. *de injusto* (28. 3.) L. 22. § 4. D. *de captiv.* (49. 15.)

(14) L. 24. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(15) L. 12. D. *eod.* L. 2. C. *de posthumis* (6. 29.)

(16) L. 3. C. *eod.*

quistasse valore (17). Tra i postumi che doveano esser considerati nel testamento paterno s'intendevano non solo i postumi in senso stretto e proprio, cioè quelli che nascevano dopo la morte del padre, ma anche tutt'i *sui heredes* sopravvenuti dopo la formazione del testamento (18). Pure è qui da avvertire una differenza essenziale; imperocchè, sebbene fin dal principio della nuova teoria fosse ammesso che tutti i *sui heredes* che un testatore veniva ad avere dopo la formazione del testamento, pel loro sopraggiungere invalidassero il testamento, pure non venne se non a poco a poco a formarsi la regola che questo effetto potesse evitarsi per tutti mediante l'istituzione o la diseredazione (19). A. La giurisprudenza antica si tenne strettamente alla nozione dei *posthumi* in senso proprio, mentre riferì esclusivamente ai figliuoli nati dopo la morte del padre l'*institutio posthumi sui* che fin dagli antichi templ erasi ammessa, e quindi non riguardò come valida ed efficace l'istituzione o la diseredazione de'postumi, anticipatamente fatta, se non quando sopravvenivano de'postumi di tal fatta, il che la *lex Junia Velleja* per la prima volta cambiò (20). E però allorchè a) nascevano de'figli vivendo ancora il testatore, non giovava per nulla che il testamento contenesse un'istituzione o diseredazione dei figliuoli futuri, imperocchè ciò non si applicava a quei che non appartenevano ai veri postumi, e per conseguenza i medesimi si doveano riguardare come *sui heredes* non considerati nel testamento, i quali sempre rendevano invalido il testamento. Il medesimo valeva b) allorchè il testatore per un mezzo giuridico otteneva dei figliuoli, sia perchè gli adottasse (21), sia perchè ricevesse

(17) L. 12. pr. D. *de injusto* (28. 3.)

(18) Caj. II. 133.: § 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) L. 3. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(19) *Francke* l. c. § 3.; *Muhlenbruch* nella Spiegazione sistematica delle Pand. di *Gluck* vol. XXXVI. § 1421.

(20) Ulp. XXII. 19: « Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus heredes instituere, si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Julia. » La *lex Julia* qui è un'alterazione, imperocchè si dee intendere della *lex Junia Velleja*. Confr. § 2. J. *de exher. lib.* (2.13.). Incontrasi un *posthumus* affatto singolare nella L. 13. D. *de injusto* (28. 3.), quando cioè un testatore lasciando una vedova incinta è caduto in potere del nemico, e quivi è morto. Siccome egli per la *fictio legis Corneliae* si riteneva per morto nel momento della cattura, così il figliuolo nato in quell'intervallo si riteneva come posthumus, e rompeva il testamento, quando non vi era stato considerato. Questo è il *posthumus Cornelianus* dei compendii. Quando poi questi parlano anche di *posthumi Aquiliani* e *Vellejani*, p.es. *Hopfner* Commentar. § 483. Nota 3., ciò è fondato sopra una falsa intelligenza V. Nota 33. 38. 40.

(21) Caj. II. 138-140.; Ulp. XXIII. 3.; L. 23. L. 28. § 1. D. *de lib. et posth.*

un'*uxor in manu* (22), o perchè mediante la *causae probatio* venissero de'figliuoli sotto la sua potestà (23), il qual caso d'invalidamento del testamento per verità non potè presentarsi che dopo la *lex Aelia Sentia*, ma da principio era ammesso anche quando i figliuoli imprendevano la *causae probatio* dopo la morte del padre, finchè un senato-consulto sotto Adriano non l'ebbe corretto (24). Per i *sui heredes* sopravvenuti per una via giuridica originariamente non si riguardava neppure se essi personalmente, ma non come figliuoli postumi, fossero stati istituiti o diseredati nel testamento anteriormente fatto (25), il che non per tanto fu riprovato da' Giureconsulti classici che seguirono (26), da prima veramente solo pel caso che un *suus heres* istituito o diseredato fosse uscito dalla famiglia, e di poi fosse stato nuovamente adottato da suo padre, ma posteriormente anche per altri casi (27). Furono c) anche applicati dei principii in parte eguali allorchè un figliuolo che al tempo della formazione del testamento non stava sotto la potestà del testatore, vi fosse più tardi ricaduto, come quando un figliuolo alienato, per la manomissione da parte del padrone, ricadeva in potere del padre (28), o quando i figliuoli ritornavano dalla prigionia del nemico (29), o quando un figliuolo, che in qualità di soldato avea testato sul suo peculio castrense, cessava dal servizio militare, e di poi per la morte di suo padre acquistava la sua potestà sopra i suoi figliuoli (30). Certamente nei predetti casi l' istituzione o la diseredazione personale di questi figliuoli impediva la nullità del testamento (31), ma la semplice istituzione o diseredazione di figliuoli postumi non proteggeva il testamento, sebbene la preterizione di quei figliuoli non nuoceva, quando non venissero dipoi nella potestà del

(28. 2.) L. 8. pr. L. 18. D. *de injusto* (28. 3.) L. 8. § 7-14. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(22) Caj. l. c.; Ulp. l. c.

(23) Caj. II. 142.

(24) Caj. II. 143.

(25) Caj. II. 140-142.

(26) La *lex Junia Velleja* non riguardava questo caso, e da ciò si fa chiaro come di esso più tardi si potè far quistione.

(27) L. 23. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 18. D, *de injusto* (28. 3.) L. 7. § 7. 8 D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(28) Caj. II. 141.; Ulp. l. c.; L. 8. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(29) L. 31. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 6. § 1. 2. L 10. D. *de injusto* (28. 3.) L. 8. L. 9. L. 15. D. *de captiv.* (49. 15.)

(30) L. 28. § 1. D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(31) L. 28. § 1. D. cit. L. 10. D. *de injusto* (28. 3.) L. 7. § D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

testatore (32). Finalmente d) il testamento rompevasi anche allorchè dei nipoti o pronipoti, i quali al tempo della formazione del testamento non erano *sui heredes*, divenivano tali per esser morto o uscito dalla famiglia il figliuolo dal quale discendevano, mentre anch'essi non appartenevano a quei *posthumi*, ai quali l' istituzione o la diseredazione dei postumi si riferiva. Ma appunto questo caso fece sviare in prima dall' antico rigore su tal materia. B. In fatti il Giureconsulto Aquilio Gallo stabilì il principio ricevuto dalla pratica che si dovesse ammettere di poter istituire i nipoti e le nipoti pel caso che il figliuolo, dal quale discendono, venisse a morire prima del testatore (33). Ma per quanto estesamente si intendesse questo principio e segnatamente si estendesse anche ai pronipoti ed ai più rimoti discendenti (34), pure rimase sempre troppo ristretto (35), essendochè non riguardava neppure il caso che il figliuolo fosse non già morto ma uscito dalla famiglia, e molto meno gli altri casi di sopravvegnenza di un *suus heres*, ed inoltre permetteva soltanto l' istituzione e non già anche la diseredazione dei nipoti divenuti *sui heredes* per la morte del figliuolo. Il perchè C. sotto Augusto an. 763. (10 dopo Cr.) fu pubblicata la *lex Junia Velleja* (36), la quale tolse via parecchi casi di nullità di testamenti (37) disponendo: a) che un testatore potesse validamente istituire o diseredare tutt'i futuri *sui heredes* di sesso maschile (38) (dove la considerazione del sesso maschile provenne dal divieto di istituire le donne giusta la *lex Voconia* che a quel tempo era in voga) (39), e b) che quando un discendente più rimoto diveniva *suus heres*, per esser venuto in qualsivoglia modo a mancare un discendente più prossimo, la sua istituzione anticipatamente fatta dovesse del pari mantenere il testamento (40). Per verità sembra che le parole della legge, le quali non conosciamo che imperfettamente, non avessero un senso

(32) L. 29. § 10. L. 31. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 6. § 1. 2. D. *de injusto* 28. 3.)

(33) L. 29. pr D. *de lib. et posth.* (28. 2.)

(34) L. 29. § 1-4. D. *eod.*

(35) L. 29. § 13. D. *eod.*

(36) La mia St. § 98.

(37) L. 29. § 6. D. *eod.*

(38) L. 29. § 11. 12. D. *eod.* L. 3. § 1. D. *de injusto* (28. 3.)

(39) V. § 318. Nota 40. seg.

(40) L. 29. § 13. 14. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 13. D. *de injusto* (28. 3.) L. 6. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 2. pr. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 2. C. *de lib. praeter.* (6. 28.) L. 34. C. *de inoff. test.* (3. 28.) § 2. J. *de exher. lib.* (2. 13.) Theoph. ad h. l. Confr. anche L. 10. § 2. D. *de test. tut.* (26. 2.

così generale e per conseguenza si potessero dare ancora dei casi, nei quali una istituzione o diseredazione di postumi corrispondente alla legge, secondo l'interpetrazione letterale della medesima non avrebbe avuto effetto pei *sui heredes* sopravvenuti dopo la formazione del testamento, e quindi costoro avrebber potuto far cadere il testamento (41); nondimeno fu tenuto come conforme allo spirito della legge il dichiarare per modo generale valida l'istituzione o diseredazione dei futuri *sui heredes* a fine di mantenere in vigore i testamenti (42), ed ancora, dopo che fu caduta la *lex Voconia*, i *sui heredes* di sesso femminile furono sotto questo rapporto assomigliati ai maschi (43), e in conformità di ciò noi troviamo presso i Giureconsulti classici già praticamente stabilita la regola che tutti i futuri *sui heredes* potessero e dovessero essere istituiti o diseredati, ma che sempre per questo mezzo la nullità del testamento non si evitasse se non in quanto l'istituzione o diseredazione non fosse espressamente ristretta soltanto ad alcuni casi determinati, sebbene intorno alla generalità di quella regola si conservò sempre qualche scrupolo, che Giustiniano fu il primo a dissipare (44). Tutta questa teorica in generale non riguardava i discendenti che non si trovavano sotto la potestà del testatore (45), e Giustiniano perciò escluse anche gli adottati *minus plene* da lui introdotti (46) dal dritto di dover essere istituiti o diseredati (47). Oltre a ciò dalle predette regole i soldati erano dispensati in ciò, che la preterizione dei loro *sui* e *posthumi* valeva come diseredazione, quando non fosse provato di non essere stati trasandati se non per l'ignoranza della loro esistenza (48).

B. Secondo l'Editto del Pretore e le costituzioni Imperiali (*).

Bonorum possessio contra Tabulas.

§ 348. Ai principii del dritto civile che abbiamo svolti si rannodano

(41) L. 29. § 5. 6. 15. 16. D. *de lib. et posth.* (28.2.) Sopra le diverse restituzioni della *lex Junia Velleja* veggasi *Muhlenbruch* l. c. p. 202. seg.
(42) L. 29. § 5. D. *eod.*
(43) Confr. p. es. L. 24. L. 25. pr. D. *eod.*
(44) L. 4. C. *de posthumis* (6. 29.)
(45) § 7. J. *de exher. lib.* (2. 13.)
(46) V. § 97. Nota 10.
(47) L. 10. § 1. C. *de adopt.* (8. 48.) § 5. J. *de exher. lib.* (2. 13.)
(48) § 6. J. *eod.* L. 9. 10. C. *de test. mil.* (6. 21.)
(*) *Forster* l. c.; *W. Uhrig* diss. sugli effetti della bon. poss. c. t. Wurzb. 1844. 8.

parecchie disposizioni dell'Editto, le quali, sebbene indirettamente vennero per diversi lati a modificarli:

1.° Siccome l'Editto avea chiamati alla successione intestata insieme coi *sui heredes* anche i figliuoli emancipati (1), così per una giusta conseguenza richiese che si fosse avuta per essi una egual considerazione nel testamento paterno, e diè loro parimente il dritto d' impugnare il testamento quando fossero trasandati, o non istituiti o diseredati convenevolmente (2), il che la pratica estese eziandio a quei che in forza di una così detta *bonorum possessio decretalis* venivano assomigliati ai figliuoli emancipati (3), e segnatamente ai discendenti di costoro (4), ed ai figliuoli che eran dati in adozione ad un altro, ma da questo erano stati nuovamente emancipati (5).

2.° Egualmente che tutti gli eredi, naturalmente anche i figliuoli, che avean dritto alla successione contro un testamento, per essere questo o nullo o rotto per la preterizione di uno o più di loro, furono nell'Editto invitati a domandare la *bonorum possessio*, la quale in tal caso fu detta *bonorum possessio contra Tabulas* (6), e non solo i figliuoli che erano stati trasandati, ma anche i figliuoli che erano stati istituiti, dei quali dicevasi che essi ottenevano la *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* (7). Quest' ultimo era logico per rispetto ai *sui* ed *emancipati* istituiti; imperocchè siccome la preterizione dei figliuoli avea per effetto che, non ostante il testamento il quale si dovea riguardare come invalido, si potesse venire alla successione intestata, nella quale oltre ai figliuoli trasandati propriamente avrebbero dovuto prender parte tutti gli altri che stavano con essoloro nella classe *unde liberi*, così non v'era nulla di particolare in ciò, che i *sui ed emancipa-*

(1) V. § 337.

(2) Caj. II. 135-137.; Ulp. XXII. 23.; § 3. 4. J. *de exher. lib.* (2.13.) L. 1. § 6. L. 3. L. 8. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). Anche qui l'istituzione sotto una condizione non potestativa veniva agguagliata alla preterizione L. 3. § 12. 13. D. *eod.*

(3) V. § 338.

(4) L. 3. pr. L. 6. pr. D. *eod.* Confr. con L. 14. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 6. D. *si tab. test. non extab.* (38.6.)

(5) Caj. II. 137. Confr. con L. 6. § 4. L. 14. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(6) L. 1. pr. § 1. 2. D. L. 2. C. *eod.* (6. 12.) § 7. J. *de exher. lib.* (2. 13.)

(7) L. 3. § 11. L. 4. § 3. L. 8. § 11-14. L. 10. § 1. 6. L. 11. pr. L. 14. pr. L. 20. pr. § 1. D. *eod.* L. 103. § 2. D. *de legat.* III. (32.). Nondimeno per qualche tempo si dovè dubitare se anche i nipoti per parte di un figliuolo emancipato rimasti sotto la potestà dell'Avo, quando il loro padre era trasandato, potessero perciò ottener la *bon. poss. c. t.*; imperocchè un particolare editto di Salvio Giuliano, la celebre *nova clausula edicti*, che senza dubbio fu l'ultimo Editto pretorio, concedeva loro questo dritto L. 3. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.)

ti istituiti potessero non meno che i trasandati domandare la *b. p. c. t.*, anche quando questi ultimi nol facessero (8). Ma è da dirsi una inconseguenza che l'Editto avesse ammessi alla *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* anche quei tali figliuoli istituiti che un altro avea adottati e non avea emancipati (9); sebbene essi come appartenenti ad una famiglia estranea non ereditavano nella classe *unde liberi* (10), ed era anche più inconseguente che l'Editto escludeva dalla *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* tutt'i figliuoli validamente e senza condizione diseredati nel testamento(11),come pure quei figliuoli i quali espressamente o per via di fatti aveano manifestato di star contenti al testamento (12), il che per verità proveniva da ciò che l'Editto del Pretore in generale non riguardava come pienamente vuoto di effetto un testamento invalido o rotto per cagione delle preterizione dei figliuoli. Non per tanto sotto altro rapporto l'Editto andava anche più innanzi del dritto civile, mentre poneva nella stessa linea la preterizione delle figliuole e de' nipoti con quella de' figliuoli, cosicchè anche allorchè erano trasandate delle figliuole o dei nipoti, ciò dava a costoro ed ai figliuoli forse istituiti il dritto di venire alla successione intestata mediante la domanda della *b. p. c. t.* (13), abbenchè fosse senza dubbio in loro libertà di farsi invece ammettere tra gli eredi testamentarii. Del rimanente purchè il testamento non fosse già per altre ragioni invalido, o non fosse prima della morte del testatore divenuto caduco, non era ostacolo a concedere la *b. p. c. t.* la circostanza che gli eredi testamentarii nominati non volessero o non potessero succedere, imperocchè la *b. p. c. t.* davasi immediatamente contro il testamento medesimo *contra lignum* secondo l'espressione in uso (14); il perchè i figliuoli diseredati anche allora non succedevano, come sarebbe avvenuto se il testamento, prescindendo dalla preterizione dei figliuoli, fosse stato invalido.

3.° Ma se i figliuoli che avean dritto alla *b.p.c.t.* non la domandavano

(8) L. 10. § 6. L. 11. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 32. D. *de lib. et posth.* 28. 2.)

(9) L. 8. § 4. 11. 12. 13. L. 10. § 1-3. L. 11. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 14. D. *de collat.* (37. 6.)

(10) V. § 337. Nota 4..

(11) L. 10. § 4. 5. L. 8. § 4-10. L. 12. § 1. L. 18. pr. L. 20. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). Sulla inconseguenza veggasi L. 12. § 5. D. *de bon. lib.* (3 . 2.)

(12) L. 3. § 15. 16. L. 14. pr. L. 15. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(13) Caj. II, 125.

(14) L. 4. pr. L. 19. D. *eod.* La lezione *contra legem* invece di *contra lignum* che alcuni manoscritti e edizioni hanno nella L. 19. D. cit., è senza dubbio da rigettarsi.

nè un solo nè tutti, allora l'Editto prometteva nuovamente agli eredi testamentarii la *bonorum possessio secundum Tabulas*, e quindi manteneva, non ostante la sua invalidità il testamento, che per cagione della preterizione era nullo o rotto (15), presupposto che gli eredi testamentarii avesser chiesto la *bonorum possessio*, il che doveasi fare in un termine che decorreva anche pei figliuoli (16), e se gli eredi testamentarii non facevano parimente la domanda, allora gli eredi intestati che si trovavano nella classe *unde legitimi* o nelle classi ulteriori venivano alla successione (17). Intanto s'intende da se che la *bonorum possessio* data agli eredi testamentarii o agli eredi *abintestato* più lontani non poteva essere *cum re*, se non quando si erano trasandati semplicemente dei figliuoli emancipati, e quindi il testamento era invalido solo secondo l'Editto, nel qual caso i figliuoli che non domandavano la *b.p.c.t.* perdevano il loro dritto di opporre in seguito la nullità del testamento; mentre al contrario se la preterizione cadeva sopra i *sui* o postumi, i figliuoli potevano allegare che il testamento già secondo il dritto civile era nullo o rotto, e però come più prossimi chiamati avcano in ogni tempo il dritto di togliere al possessore l'eredità mediante l'*hereditatis petitio* (18).

4.° Ma anche allorchè i figliuoli richiedevano a tempo debito la *b.p.c.t.* il testamento però secondo l'Editto non perdeva ogni suo effetto. Infatti per una parte rimanevano esclusi i figliuoli diseredati (19), per un'altra i figliuoli emancipati che ottenevano la *b. p. c. t.* doveano soddisfare certi legati disposti nel testamento, come se a loro fossero stati imposti. Tali erano i legati fatti ai discendenti del testatore (20), ma non già a quei figliuoli che avessero essi medesimi ottenuto legalmente la *b. p. c. t.* (21), i legati fatti agli ascendenti di lui (22), alla moglie (23), ed alla nuora (24); ai quali più tardi furono aggiunti anche quei legati, che veramente erano stati lasciati ad un terzo, ma col

(15) L. 2. pr. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. 14. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. pr. L. 17. D. *de injusto* (28. 3.)

(16) L. 2. pr. § 4. D. *de bon. poss. s. t.* (37.11.) L. 12. D. *de Carbon. ed.* (37.10.)

(17) L. 20. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (38.9.)

(18) L. 15. pr. L. 22. D. *de legat. praest.* (37.5.) V. § 302. Nota 26.

(19) V. Nota 11.

(20) L. 1. L. 2. D. *de legatis praest* (37. 5.) L. 20. § 2. D. *de bon. poss c. t.* (37. 4.) L. 1. C. *eod.* (6. 12.)

(21) L. 18. § 1. D. *eod*, L. 5. § 2-6. D. *de legatis praest.* (37. 5.)

(22) L. 1. pr. § 1. L. 2. § 1. 2. L. 22. D. *eod.*

(23) L. 1. pr. L. 8, § 3. L. 10. § 1. D. *eod.*

(24) L. 1. pr. L. 8. § 4-6. L. 9. L. 10. pr. § 1. D. *eod,*

peso però di restituirli ad una delle sopradette persone (25). I *sui heredes* erano dispensati dall'adempimento di questi legati, quando anche essi avessero domandato la *b. p. c. t.*, imperocchè come eredi civili non avean mestieri della *bonorum possessio* (26), e se il testatore oltre agli eredi diretti avesse nominati eziandio dei sostituti, ed imposto agli uni ed agli altri diversi legati, allora trattandosi di figliuoli emancipati era anche da esaminare se, quando essi non avessero impetrato la *b. p. c. t.* sarebber succeduti gli eredi diretti o i sostituti, giacchè essi non erano tenuti a soddisfare se non quei legati imposti a coloro che senza la loro *b. p. c. t.* sarebbero stati effettivamente gli eredi (27). Per contrario quando un emancipato istituito erede avea ottenuto la *b.p.c.t. commisso per alium Edicto*, la sua contribuzione ai legati non si regolava secondo la quota ereditaria, nella quale era stato istituito, ma sibbene secondo la quota che attualmente riceveva (28). Inoltre del pari che le diseredazioni ed i legati rimanevano eziandio in vigore le sostituzioni pupillari, anzi il sostituto pupillare di un figliuolo istituito dovea soddisfare anche i legati impostigli, quantunque il figliuolo, a cui era stato sostituito, si fosse fatto concedere la *b. p. c. t. commisso per alium Edicto* (29). Il sistema qui esposto della *b. p. c.t.* fu da Antonino Pio mutato in questo, che egli nel caso della preterizione di discendenti feminili di qualunque specie, per effetto della domanda della *b. p. c. t.* concedè loro solamente il dritto di concorrere con gli eredi istituiti per una porzione virile, come era secondo il dritto civile (30), e quindi per rapporto all'effetto trasformò la loro *b. p. c. t.* in una *b. p. secundum Tabulas*, se è lecito usare questa espressione per una istituzione semplicemente finta. Giustiniano per tanto ristabilì nuovamente le disposizioni dell'Editto, e nel tempo istesso dispose che non potesse più aver luogo alcuna *exheredatio inter caeteros*, ma ogni diseredazione di discendenti dovesse farsi nominatamente (31).

(25) L. 3. § 6. D. *eod.*
(26) L. 15. pr. L. 16. pr. D. *eod.*
(27) L. 10. § 2. L. 11. L. 12. L. 13. D. *eod.*
(28) L. 20. § 2. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 15. § 1. 2. L. 16. D. *de legat. praest.* (37. 5.)
(29) L. 5 pr. § 1. D. *eod.* L. 103. § 2. 3. D. *de legat.* III. (32.)
(30) Caj. II. 126. Confr. Nov. Majoriani tit. 6. § 3.
(31) L. 4. C. *de lib. praeter.* (6. 28.)

2) *Querela inofficiosi.*

A. Legittima, e persone che han dritto alla legittima (*).

§ 349. I principi infino ad ora spiegati sulla diseredazione e preterizione dei *sui* e degli *emancipati* si applicavano soltanto ai testamenti dei maschi (1), e non richiedevano che i figliuoli fossero considerati, se non nella forma, giacchè ammettevano una diseredazione senza ragione. E però fu molto più radicale quel principio che allato ad essi s'incontra, il quale colpisce anche i testamenti delle donne (2), nè è ristretto ai figliuoli soltanto, che cioè gli eredi intestati di un testatore, che nel suo testamento abbia lasciato loro poco o niente, senza differenza se sieno stati in tutto trasandati o espressamente diseredati, o istituiti in una porzione troppo piccola, possano menar doglianza avanti al Tribunale dei Centumviri, che il testamento sia contro l'affezione ed il dovere, *inofficiosum*, e che i Centumviri, quando non trovino fondata l'esclusione sopra gravi ragioni, possano annullare il testamento, dovendosi ritenere che un testatore, il quale opera in un modo così contrario al dovere, non sia stato sano di mente (3). Non si può abbastanza indicare l'epoca in cui questo principio cominciò ad aver voga, solo si può notare che Cicerone di già lo conosceva (4), ma oltre a questo manca ogni altra notizia sulla sua origine. Nondimeno lo strano *color insaniae* accenna che abbia avuto origine dalla interpetrazione dei Giureconsulti; imperocchè una legge avrebbe senza dubbio disdegnato un pretesto di tal fatta (5). Forse le disposizioni dell'Editto del Pretore sopra la parte del patrimonio, che i liberti doveano lasciare al loro padrone (6), condussero i Giureconsulti ad assicurare anche ad altri eredi una parte della successione. Ad ogni modo la fonte di

(*) *C. Chiffletius* de port. legit. Lugd. 1548. (Otton.Thes T. V. p.721. seg.); *Westenberg* diss. I-IV. de port. legit. Amstel. 1799. (Opusc. I. sect. 2.); *Moller* la dottrina della legitima parte 2. Amberg e Sulzbach 1801-6. 8.; *Cralle* Comm. Histor. jurid. de port. legit. Bonn 1820. 8.; *Zimmern* Ricerche sulle teoriche del dritto Romano Heidelb. 1821. n. 3.

(1) L. 4. § 2. D. *de bon. poss, c. t.* (37. 4.)

(2) L. 5. L. 6. L. 19. L. 22. pr. L. 27. § 4. L. 28. L. 29. § 1. D. *de inoff. test.* (2. 5.)

(3) Pr. J. *eod.* (2. 18.) L. 2. L. 5. L. 19. D. *eod.* L. 36. D. *de legat.* III. (32.)

(4) Cic. in Verr. II. 1. c. 42.

(5) *Francke* l.c. § 15.

(6) V. § 354. e 355.

tale istituzione non può essere una *lex Glicia*, che non fu mai pubblicata (7). Ma verisimilmente da principio ogni erede intestato più prossimo, che si teneva leso, poteva muovere querela sulla ingiustizia del testamento, *querela inofficiosi testamenti*, ed era in tutto rimesso alla discrezione dei Centumviri di rescindere o no il testamento; ma a poco a poco principalmente per le costituzioni Imperiali si venne formando una teorica più precisa che restrinse il dritto della querela per lo stabilimento di certe condizioni e limiti.

1.° In prima divenne regola di uso di ammettere alla querela come i più prossimi eredi intestati soltanto i discendenti, gli ascendenti, e i fratelli e le sorelle; sebbene per lunga pezza niuna legge si opponesse ai parenti collaterali più lontani. Anche Ulpiano dichiarò non già inammessibile la querela dei parenti più lontani ma sibbene non usata, e quindi senza speranza (8). Ma Diocleziano escluse questi parenti direttamente dalla querela (9), ed anche più innanzi andò Costantino, il quale eziandio ai fratelli ed alle sorelle non permise la querela se non nel concorso di speciali circostanze (10), per modo che dopo quel tempo solo i discendenti e gli ascendenti di un testatore aveano regolarmente dritto ad esser considerati (11).

2.° Fin dal principio dell'epoca Imperiale fu stabilito un *minimum* che lasciandosi in testamento escludeva la querela, ma che dovea esser lasciato ai prossimi parenti intestati, che avean dritto di esser considerati, quando non vi fosse una buona ragione di diseredarli, e questa è la così detta legittima, *portio debita s. legitima*, per rapporto alla quale i discendenti ed ascendenti sogliono denominarsi *legittimarii*. Fino a Giustiniano la legittima era di un quarto della porzione intestata, che il legittimario senza il testamento avrebbe conseguita (12), il che probabilmente fu tolto in prestanza dalla quarta Falcidia, perchè la legittima talvolta vien detta anche quarta Falcidia (13). Giusti-

(7) Di altra opinione è Cujacio observ. II. 21: XIV. 14. V. in contrario la mia St. § 55.

(8) L. 1. L. 6. pr. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(9) L. 21. C. *eod.* (3. 28.)

(10) L. 27. C. *eod.* L. 1. L. 3. C. Th. *eod.* (2. 19.) V. appresso § 350.

(11) § 1. *eod.* (2. 18.)

(12) Plin. Epist. V. 1.; Paul. S. R. IV. 5. § 5. 6.; L. 8. § 8. 9. D. *eod.* L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*; § 7. J. *eod.*

(13) L. 28. C. Th. *de judaeis* (16. 8.) Nov. Majoriani tit. 6. § 3. Confr. L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) Fragm. Vat. § 281. L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 21. C. *fam. herc.* (3. 36.)

niano l'accrebbe ma in varia guisa, giacchè, essendovi quattro eredi intestati o meno, la stabilì ad un terzo della porzione intestata, ed essendovi cinque eredi o più, alla metà (14). Pel computo della legittima si riguarda lo stato del patrimonio alla morte del testatore, dopo dedotti i debiti e le spese del funerale (15), e per determinare la quantità della legittima, si computano anche quei prossimi eredi intestati, che per una valida diseredazione, o per altre ragioni non possono chiedere alcuna legittima, così per istabilire in prima a quanto ammonti la porzione intestata di ciascuno (16), come per determinare di poi se la legittima sia di un terzo o di una metà di una porzione intestata (17).

3.° Con l'introduzione della legittima va necessariamente connessa la determinazione della maniera e del modo come la medesima si debba lasciare a' legittimari. Senza dubbio in ogni tempo essa potè lasciarsi non solo per istituzione di erede, ma anche per via di legati e di donazioni, quando si fosse dichiarato lo scopo di un aggiustamento o compenso per la legittima (18). Ma Zenone aggiunse che una dote o *donatio propter nuptias* costituita dal testatore all'erede, anche senza quella dichiarazione si dovesse imputare nella legittima (19), e Giustiniano estese ciò ad un uffizio venale procurato all'erede (20), e stabilì in generale il principio che tutto ciò che l'erede dee conferire nel-

(14) Nov. 18. c. 1. Nov. 39. c. 1. A questo fine si son composti per ajuto della memoria i seguenti versi:

> Qualuor ant infra natis dant jura trientem
> Sed dant semissem liberis si quinque vel ultra.

Secondo questa computazione sei eredi ricevevano come legittima la stessa quantità che quattro eredi, e cinque ricevevano anche di più, il che difficilmente si può giustificare.

(15) Paul. l. c. § 6.; L. 6. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 8. § 9. D. *eod.*

(16) L. 8. § D. *eod.* Non si oppongono L. 17. pr. D. *eod.* L. 10. § 4. D, *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). I pratici dicono a questo proposito: *exheredati* etc. *numerum faciunt ad minuendam legitimam*, imperocchè quanti più eredi si noverano, tanto più si diminuisce la porzione ereditaria.

(17) La Nov. 18. c. 1. e Nov. 39. c. 1. per verità non lo dicono espressamente, ma questo si deduce da ciò, che esse determinano la porzione legittima semplicemente dal numero degli eredi senza riguardo alla diseredazione di alcuno fra essi. I pratici qui dicono: *exheredati* etc. *numerum faciunt ad augendam legitimam*, imperocchè la porzione dovuta come legitima da 1/3 si eleva ad 1/2 quando s'incontrano più di quattro eredi.

(18) § 3. 6. J. *de inoff. test.* (2. 18.) L. 8. § 6. L. 25. pr. D. *eod.* L. 30. pr. L. 33. pr. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *eod.* Nov. 18. c. 1.

(19) L. 29 C. *eod.* La costituzione di Leone qui mentovata è la L. 17. C. *de collat.* (6. 20.)

(20) L. 30. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

la successione intestata come ricevuto dal defunto (21) debbasi eziandio imputare nella legittima (22). Prima di Giustiniano in una guisa o in un'altra dovea darsi eziandio la legittima piena e senza restrizione, e però quando erasi lasciato o dato meno, davasi luogo alla *querela inofficiosi* non altramente che quando nulla si fosse ricevuto; ed il medesimo avea luogo allorchè la porzione lasciata per legittima facevasi dipendere da condizioni, o restringevasi per determinazioni di tempo o per legati e *modus*, di cui fosse gravata (23). Ma Giustiniano introdusse un cambiamento prescrivendo 1) che quando fosse dato meno semplicemente per rispetto alla quantità, quegli che ne rimaneva leso non potesse sol per questo impugnare il testamento, ma in vece potesse intentare contro gli eredi testamentarii un'*actio ad supplendam legitimam* (24), nel che però gli eredi testamentarii, se in vece di prestare spontaneamente il supplemento, deducevano la cosa in lite, per pena di ciò doveano pagare un terzo di più della legittima (25); 2) ma che le condizioni, le determinazioni di tempo, i legati ed il *modus* in quanto limitavano e gravavano la legittima doveansi tenere come non ordinati, e però non doveano mantenersi se non solamente per rapporto a ciò che per avventura si fosse lasciato oltre la legittima (26).

4.° Inoltre in processo di tempo furono fermate certe regole sulla diseredazione dei legittimarii. Questa potea seguire tanto con buona intenzione, *bona mente* (27), quanto per pena, *notae causa* (28), senza che le ragioni della medesima fossero dalla legge determinate o ristrette, colla sola eccezione che Giustiniano riprovò la diseredazione dei figliuoli fatta dalla madre per semplice odio contro il padre (29); non per

(21) V. appresso § 359.

(22) L. 20. C. *de collat.* (6.20.)

(23) L. 8. § 9. 11. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 8. § 1. C. *eod.* Non si oppone L. 25. pr. D. *eod.*, la quale è da intendersi semplicemente di un supplemento di ciò che manca, mediante un accordo bilaterale, e neppure si oppone Paul. IV. 55. il quale intende parlare del caso in cui l'erede gravato di legati ha più della sua porzione legittima. nella quale ipotesi egli deve adempiere ai legati fino a tal quantità che non resti lesa la legitima.

(24) L. 30. pr. L. 31. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *de inoff. test.* (3. 28.) § 3. J. *eod.*

(25) L. 33. pr. C. *eod.*

(26) L. 32. L. 36. § 1. C. *eod.* La così detta *cautela Socini* (Spiegazione sistematica di *Gluck* delle Pand. vol. VII. p. 86. seg.) sta in contradizione con questi precetti.

(27) L. 16. § 2. D. *de cur. fur.* (27, 10.) L. 18. D. *de lib. et posth.* (28. 2.) L. 12. § 2. D. *de bon. libert.* (38. 2.)

(28) L. 11. L. 19. L. 28. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 2. C. Th. *eod.* (2. 19.)

(29) L. 53. § 1. C. *eod.*

tanto allorchè la legittima non si fosse data in altra guisa diversa dall'istituzione di erede, le ragioni della diseredazione doveano espressamente essere indicate, altrimenti il testamento doveasi assolutamente rescindere, tostochè il diseredato ne faceva doglianza, mentre, se le ragioni erano state indicate, la rescissione dipendeva dal vedere se le ragioni erano vere e sufficienti (30).

5° Da ultimo ritenendo in parte gli antichi principi si formò una teorica molto particolare della *querela inofficiosi* (31). Inoltre il dritto dei legittimarii fu da Alessandro Severo esteso in ciò, che anche le donazioni potessero impugnarsi per lesione della legittima (32), il chè Costanzo estese eziandio alla costituzione di dote (33). Si è già innanzi osservato che nella sostituzione pupillare non era necessario che fossero considerati gli eredi legittimarii (34). Ma anche nei testamenti dei soldati cessa ogni pretensione degli eredi legittimarii, cosicchè costoro non possono promuovere nè l'*actio ad supplendam legitimam*, nè la *querela* (35), ed il medesimo vale secondo la disposizione di Giustiniano nei testamenti dei figliuoli di famiglia sopra il loro peculio quasi castrense (36), salvo quando siano ecclesiastici, i quali Giustiniano da prima avea esentati dalla regola generale(37), ma di pòi nuovamente ve li sottopose (38).

B. Teorica della querela.

§. 350. La querela *inofficiosi testamenti* data ai legittimarii lesi, la quale talvolta appellasi anche *accusatio* (1), e può proporsi anche come *exceptio*, quando i legittimarii accidentalmente si trovano in possesso dell'eredità, e gli eredi testamentarii ne domandano il rilasciò (2), è una *hereditatis petitio ab intestato*, essendochè l'attore si fonda sul fat-

(30) L. 18. L. 20. L. 22. L. 23. L. 28. C. *eod.* L. 2. C. Th. *eod.*

(31) V. § 350.

(32) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.)

(33) V. § 350. Nota 61.

(34) L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (5. 2.) V. § 333.

(35) L. 8. § L. 27. § 2. D. *eod.* L. 9. L. 27. pr. C. *eod.* (3. 28.)

(36) L. 37. § 1. C. *eod.* L. 50. C. *de episc.* (1. 3.) Confr. § 6. J. *de mil. test.* (2. 11.)

(37) L. 50. C. cit.

(38) Nov. 123. c. 19.

(1) L. 6. § 2. L. 7. L. 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.); Plin. Epist. V. 21.; Phaedri fabulae III. 10. v. 31.; Quintil. Inst. orat. IV. 1.

(2) L. 8. § 13. D. *eod.*

to che egli sia erede intestato, e che il testamento per cagione d'inofficiosità debba esser rescisso, e per conseguenza debba darsi luogo alla successione intestata, non ostante il testamento (3). Ma essa differisce dall'ordinaria *hereditatis petitio* per molte particolarità, tra le quali da prima eravi anche questa che dovea esclusivamente esser proposta innanzi al Tribunale Centumvirale (4), il che per tanto applicavasi solamente per Roma e per l'Italia, giacchè nelle Provincie proponevasi innanzi al Governatore (5), e dopo che i Centumviri furono scomparsi (6), dovè generalmente cessare.

1.° Il convenuto qui non è chiunque possiede *pro herede* o *pro possessore* l'eredità o qualche oggetto di essa, ma sibbene quegli che poggiandosi sul testamento vuole escludere dalla successione il legittimario. Per regola quindi 1) debbonsi convenire gli eredi testamentarii o i loro rappresentanti e successori (7), i quali tostochè un erede legittimario dichiara di voler impugnare il testamento, se non ancora abbiano fatta l'adizione, secondo la prescrizione di Giustiniano, nel termine di sei mesi, o di un anno, se son domiciliati in altra Provincia, debbono fare la loro dichiarazione se intendono accettare o rinunziare l'eredità (8). 2) Ma se per cagione della preterizione di figliuoli nel testamento paterno, i figliuoli trasandati o anche gl'istituiti abbiano ottenuto la *bonorum possessio contra Tabulas*, l'azione dei figliuoli diseredati dee promuoversi contro i loro fratelli immessi in possesso, imperocchè nella *b. p. c. t.* le diseredazioni continuano ad aver forza (9), ma solo nel senso che i diseredati non possono prender parte nella *b. p. c. t.*, mentre rimane loro salvo il dritto d'impugnare colla querela *inofficiosi* la loro esclusione come ingiusta, e domandare la porzione intestata (10).

2.° Qui il dritto di azione va soggetto a maggiori restrizioni; imperocchè 1) la querela è un mezzo legale strettamente personale. A. So-

(3) L. 34. C. *eod.* L. 20. D. *eod.*

(4) Cic. *de orat.* I. (39.); Val. Max. II. 7. § 1-5. L. 13. L. 17. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(5) L. 29. § 4. D. *eod.* L. 17. C. *eod.* (3. 28.)

(6) La mia St. § 131.

(7) L. 8. § 10. L. 21. pr. L. 37. § 3. L. 29. pr. § 4. D. *eod.* L. 1. L. 10. C. *eod.*

(8) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(9) V. § 348. Nota 11.

(10) L. 10. § 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.). In egual modo può la querela incontrarsi anche verso un patrono che ha ottenuto la *bon. poss. c. t.* L. 16 § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) V. appresso § 355.

lo quegli che è leso può intentar l'azione, ma non già colui che nella successione intestata concorre con esso, come quando sieno stati istituiti dei fratelli o sorelle di lui (11), e neppure il padre, sotto la cui potestà egli si trova, può agire per lui senza il suo consentimento (12). B. Di più l'azione non può esser ceduta (13), e C. alla morte della persona lesa non passa agli eredi, se non quando sia stata di già almeno preparata (14), o la persona sia morta entro il termine dato da Giustiniano agli eredi testamentarii per fare la loro dichiarazione, ed abbia lasciati per suoi eredi dei discendenti (15). Per contrario qui incontrasi una successione particolare nella querela, giacchè quando tutti i più prossimi eredi potevano intentar la querela, ma tutti o erano morti, o erano stati rigettati dalla domanda, o aveano rinunziato all'azione, e i parenti che venivano immediatamente dopo erano parimenti discendenti o ascendenti del testatore, i quali del pari non aveano ottenuta alcuna parte della successione, allora costoro potevano in luogo di quelli promuover la querela (16), la qual cosa Giustiniano rigettò solamente nel caso in cui de'figliuoli avessero rinunziato alla querela, ma fossero tuttora in vita, ed i parenti più prossimi che seguivano fossero nipoti che da essi discendevano (17). 2) È mestieri che il testamento non sia già per altre ragioni nullo o invalidato, cosicchè si possa venire alla successione intestata anche senza la querela, nel qual caso cessa la querela, affinchè il testatore non sia senza necessità notato di demenza (18); il perchè i *sui* ed *emancipati* trasandati dal loro padre sono in tutto esclusi dalla querela (19), mentre al contrario i discendenti di una donna anche illegittimi, e i suoi figliuoli adottivi, come pure gli ascendenti possono a cagione della preterizione fare uso della querela, essendochè la loro preterizione non ha per effetto l'invalidità del testamento (20). 3) Per una ragione somigliante cessa anche la querela al-

(11) L. 19. D. *eod.*

(12) L. 8. pr. L. 22. pr. § 1. D. *eod.* Ciò non si applica ai tutori. L. 30. § 1. D. *eod.*

(13) Arg. leg. 8. pr. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. § 8. *si quid in fraud. patroni* (38. 5.)

(14) L. 6. § 2. L. 7. L. 15. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. L. 34. L. 36. § 2. C. *eod.*

(15) L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(16) L. 14. L. 31. pr. D. *eod.* L. 34. C. *eod.* *Francke* l. c. § 21.

(17) L. 34. C. cit.

(18) L. 18. § 12. D. *eod.* L. 14. L. 16. C. *eod.*

(19) L. 23. pr. D. *eod.* Se alcuno sia diseredato perchè il testatore dichiari che il medesimo non è suo figliuolo, ciò non lo esclude dalla querela L. 27. § 1. D. *eod.*

(20) L. 3. L. 5. L. 14. L. 15. pr. L. 29. § 1. 3. D. *eod.* L. 3. L. 13. L. 17. C. *eod.*

lorchè un diseredato o trasandato ad onta di ciò può a titolo di *quarta divi Pii* o per altre ragioni richiedere per legge dalla successione altrettanto o anche più dell'ammontare della legittima (21). 4) Inoltre è mestieri che la persona lesa non abbia senza errore rinunziato alla querela, o approvato il testamento espressamenle o per via di fatti (22). 5) La querela si prescrive in cinque anni dalla morte del testatore (23), e l'erede testamentario di buona fede può anche prima del decorrimento di questo tempo acquistare per usucapione le cose ereditarie, ma ora per verità solo le cose mobili (24). Quei tali eredi legittimarii, il cui dritto ereditario non è fondato che sull'Editto, come gli emancipati, quando non intentano immediatamente l'azione, debbono anche non aver trascurato di domandare in concorrenza cogli eredi testamenlarii la *bonorum possessio intestati*, la quale in questo caso viene indicata come *b. p. litis ordinandae gratia*, essendochè essi sostengono che la successione intestata dovea immediatamente aver luogo, ma se non domandano la *bonorum possessio*, perdono ogni loro dritto di successione (25). A questo si aggiunge eziandiò che 6) in seguito dell' *actio ad supplendam legitimam* introdotta da Giustiniano la querela non può tuttavia aver luogo se non quando un legittimario non abbia ricevuto nulla (26).

3.° Se nella introduzione dell'azione si fa quistione della verità di una ragione di diseredazione, se l'attore è un discendente, egli dee mostrarne la falsità, ma se l'attore è un ascendente, il convenuto dee provarne la verità (27). Or 1) se la querela dell' attore vien rigettata, egli perde per pena tutt'i dritti che gli possono venire dal testamento impugnato (28), il che nondimeno non fa perdere ad un tutore o ad un padre che agisca pel suo pupillo o pel suo figliuolo, come neppure ad un crede dell'attore che continui soltanto la querela di già intentata, ciò

(21) L. 8. § 15. D. *eod.*

(22) L. 8. § 1. 10. L. 10. § 1. L. 12. L. 15. § 1. L. 21. pr. L. 22. L. 23. § 1. L. 27. pr. L. 31. § 3. 4. L. 32. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 35. § 1. 2. C. *eod.* L. 7. C. Th. *eod.* L. 1. C. *de in integrum rest. min.* (2. 22.)

(23) L. 8. § 17. L. 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 16.) L. 31. L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 5. C. Th. (2. 19.)

(24) Plin. Epist. V. 1. Confr. § 170. Nota 16.

(25) L. 6. § 2. L. 7. L. 8. pr. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(26) L. 30. § 1. L. 31. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(27) L. 28. C. *eod.* L. 2. C. Th. *eod.* L. 3. L. 5. D. *eod.* Una deviazione dal predetto principio si contiene nella L. 34. C. *eod.*

(28) § 5. J. *eod.* L. 8. § 14. L. 22. § 2. 3. L. 30. § 1. D. *eod.* L. 5. L. 22. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 13. § 9. L 20. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 2. L. 8. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.)

che ad essi medesimi sia stata legato (29). Per contrario 2) se l'attore riesce vittorioso, l'effetto è che si viene alla successione intestata (30), anche quando risulti di poi che il vincitore non abbia la capacità di succedere per la sua persona, o non sia il più prossimo erede chiamato (31). E però tutti gli eredi intestati che concorrono coll' attore, anche quelli che sono stati validamente istituiti o diseredati prendono parte alla successione (32), eccetto quei tali diseredati o trasandati, i quali han rinunziato alla querela, o l'han fatto prescrivere, o son rimasti soccumbenti nella loro querela (33); e quindi, ove altri concorrano, il vincitore del pari che nella *hereditatis petitio partiaria* non può altro richieder dal convenuto che il rilascio della porzione che gli spetta, lasciando agli altri di domandare la loro (34). Ma se deve rilasciarsi l'eredità o una parte di essa, si applicano i principii sulla *hereditatis petitio* (35), e per conseguenza si estinguono anche i legati ed altri pesi imposti dal testatore, cosicchè i legati che i convenuti abbiano di già soddisfatti, possono ripetersi nuovamente dai legatarii (36); salvo A. se l'attore avesse guadagnato solo per la contumacia del convenuto, nel qual caso, secondo la disposizione di Marco Aurelio e Lucio Vero, i legati debbono rimanere in vigore (37), ovvero B. se il testatore solo nella erronea opinione che i suoi eredi legittimari fossero morti li avesse trasandati istituendo altri, nel qual caso Adriano dichiarò sussistenti i legati (38), ovvero C. se si trattasse solo di manomissioni, ed il manomesso volesse pagare al vincitore venti solidi, nel qual caso una manomissione fedecommessaria si mantiene assolutamente, ed una manomissione diretta, almeno quando il vincitore non sia stato ammesso a promuovere la querela di già prescritta che per mezzo di una *restitutio* (39). Intanto si può incontrare anche una semplice rescissione par-

(29) L. 22. § 1-3. L. 30. § 1. D. *de inoff. test.* (5.2.)
(30) L. 6. § 1. L.8. § 16. D. *eod.*
(31) L. 6. § 1. L.25. § 1. D. *eod.*
(32) L. 6. § 1. L. 8. § 8. L. 17. pr. L. 19. D. *eod.* Lo stesso dee valere quando quei tali eredi che non sono eredi legittimarii, come i fratelli e le sorelle germane concorrono insieme con ascendenti secondo la Nov. 118.
(33) L. 16. pr. L. 17. pr. L.23. § 2. D. *eod.*
(34) L. 8. § 8. L. 19. D. *eod* L. 3. C. *eod.*
(35) L. 21. § 2. L. 26. D. *eod.* L.22. C. *eod.*
(36) L. 8. § 16. L. 13. L. 28. D. *eod.* L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.) L.36. D. *de legat.* III. (32.)
(37) L. 17. § 1. L. 18. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 14. § 1. D. *appellat.* (49. 1.)
(38) L. 27. § 4. L.28. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(39) L. 8. § 17. L. 9. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

ziale del testamento, nel qual caso ha luogo sì la successione intestata e sì la testamentaria (40), il che può avvenire non solo per essersi introdotti contro diversi eredi istituiti giudizi differenti, per effetto dei quali per un convenuto si debba dichiarare la rescissione e per un altro la validità del testamento (41), ma anche perchè gli eredi istituiti parte appartengano essi medesimi agli eredi intestati concorrenti, e parte sieno altre persone, mentre i primi, se vogliono, hanno il dritto di rimanere eredi testamentarii per la porzione intestata che loro appartiene (42). In una cosiffatta rescissione parziale s'intende da sè chechi rimane erede testamentario dee non altrimenti che prima adempire tutt' i pesi impostigli (43); ma oltre a ciò rimangono le sostituzioni pupillari (44), e del pari le manomissioni di ambedue le specie, così le fedecommessarie come le dirette (45). Se il convenuto produce appello contro la sentenza che ha pronunziato in favore dell'attore, questi, in caso di bisogno, può richiedere provvisoriamente gli alimenti dall'eredità (46). Del resto, per impedire le collusioni, possono i legatari intervenire ed anche appellare, quando il convenuto nol voglia fare (47). La teorica tutta singolare della querela *inofficiosi testamenti* non ha alcuna applicazione per la lesione di un discendente cagionata da una inuguale *divisio parentis inter liberos*, per la quale può solamente con l' *actio familiae erciscundae* domandarsi il compimento di ciò che manca (48), e tanto meno si applica all' *actio ad supplendam legitimam* da Giustiniano introdotta (49), salvo che anche questa si prescrive in cinque anni (50); per contrario essa generalmente vale eziandio:

(40) L. 8. § 5. L. 15. § 2. L. 19. L. 24. L. 25. § 1. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* L. 42. § 4. D. *de bon. libert.* (38. 2.) L. 31. pr. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(41) L. 15. § 2. L. 25. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 13. C. *eod.*

(42) L. 19. L. 24. D. *eod.* L. 3. C. *eod.*

(43) L. 29. § 2. D. *eod.*

(44) L. 8. § 5. D. *eod.* L. 31. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(45) L. 13. C. *de inoff. test.* (3. 28.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(46) L. 27. § 3. D. *de inof. test.* (5. 2.)

(47) L. 29. pr. D. *eod.*

(48) L. 8. C. *eod.* L. 16. L. 21. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(49) Segnatamente l' azione per supplemento passa sempre agli eredi L. 34. C. *eod.*, e non è esclusa pel riconoscimento del testamento, ma anzi nasce appunto per tale riconoscimento L. 35. § 2. C. *eod.* Ancora essa non è una *hereditatis petitio*, ma un' *actio in personam* contro gli eredi testamentarii, e quindi una *condictio ex lege*, cioè *ex lege* 30. C. *eod.*

(50) Ciò veramente non si dimostra dalla L. 34. in fine C. *eod.*, ma può nondimeno

1.° Per la querela *inofficiosae donationis* menzionata la prima volta da Alessandro Severo, e verisimilmente anche da lui per la prima volta introdotta (51), la qual querela può esser proposta dagli eredi legittimarii di colui, che abbia speso tanto in donazioni da non lasciar loro neppure la legittima sul patrimonio che al tempo della donazione esisteva (52). Per verità dapprima la querela qui presupponeva anche che il donante avesse fatto un testamento ed avesse in esso istituiti gli eredi legittimarii lesi per la donazione; ma poco dopo si permise la querela anche nella successione intestata (53). È indifferente se le donazioni inofficiose sieno state fatte ad alcuni degli stessi eredi legittimarii, ovvero ad altri (54), e nel primo caso i donatarii non possono evitare l'impugnazione neppure rinunziando alla successione (55). Ma anche qui è necessario che la donazione non possa già per altre ragioni esser rescissa, senza bisogno della querela, fosse anche soltanto per mezzo della restituzione nello stato primiero (56); che la persona lesa non sia stata validamente diseredata in un testamento (57); che la medesima non abbia approvato il fatto del testatore (58); e che non sieno trascorsi cinque anni dalla morte del medesimo (59). Intanto l'azione non tende a rescindere tutta quanta la donazione, ma solamente a far restituire quel tanto che manca alla legittima (60). Si presenta una difficoltà allorchè la lesione della legittima non risulta da una sola donazione o da più donazioni contemporanee, ma sibbene gradatamente da più donazioni successive, il che

dedursi da ciò che la querela *inofficiosae donationis* sebbene per la sua essenza sia anche una semplice *actio ad supplendam legitimam*, si prescrive parimenti in cinque anni L. 9. C. *de inoff. donat.* (3, 29.)

(51) L. 1. L. 9. C. *eod.* L. un. C. Th. *eod.* (2. 20.) *Zimmern* l. c. sez. 2.; *Kritz* tratt. eseg. prat. Lipsia 1824. 8. Nota 5.

(52) L. 87. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 2. C. *de mort. causa donat.* (8. 57.) L. 1-9. C. *de inoff. donat.* (3.29.) Fragm. Vat. § 270. 271. 280. 281. 282. Nov. 92. c. 1. Secondo la L. 5. C. *ad leg. Falc.* (6. 50.) pare quasi che l'applicazione della quarta falcidia alle *donationes mortis causa* fatta da Settimio Severo abbia datò occasione ad Alessandro Severo di applicare anche alla donazioni i principii della quota legittima, la quale appellasi anche quarta falcidia.

(53) L. 1. L. 3. L. 6. C. *de inoff. don.* (3.29.)

(54) L. 1. L. 2. L. 6. L. 7. L. 8. C. *eod.*

(55) Nov. 92 c. 1.

(56) L. 4. L. 6. C. *eod.* Fragm. Vat. § 282.

(57) L. 5. C. *eod.* Nov. 92. c. 1. § 1.

(58) L. 6. C. *eod.*

(59) L. 9. C. *eod.*

(60) Fragm. Vat. § 281. L. 5. L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*

riguarda assolutamente anche il caso che le sole prime donazioni non contenevano ancora alcuna lesione (61). In difetto di più precise disposizioni qui non rimane altro che abbandonare alla discrezione del Giudice il vedere secondo le circostanze se si possa attribuire alle diverse donazioni l'intenzione di pregiudicare la legittima, cosicchè può esser lecito di cominciare dalla prima donazione quantunque forse la legittima non sia rimasta lesa che per l'ultima donazione.

2.° Per la querela *inofficiosae dotis* introdotta da Costanzo, per la quale han luogo interamente gli stessi principii, senza distinzione, se alcuno per costituire una dote pei suoi figliuoli, o per altri, o se una donna per costituire la dote per sè stessa abbia dato tanto che la legittima degli eredi legittimarii ne sia rimasta diminuita (62).

3.° Per la querela dei fratelli o delle sorelle del defunto, i quali, secondo la disposizione di Costantino, per verità non hanno più una determinata legittima, ma quando sieno state istituite persone infami, o di cattivo nome, o appartenenti ad una condizione vile, ovvero dei liberti ingrati verso il padrone o degli schiavi, e nulla sia stato lasciato ad essi, possono colla querela togliere a quelli tutto ciò che han ricevuto, eccetto allorchè uno schiavo sia stato istituito sol per causa dei debiti, la qual cosa Costantino avea per verità conceduta soltanto ai fratelli o alle sorelle bilaterali *germanis*, ma Giustiniano nell'ammettere nel suo Codice la disposizione di Costantino la estese a tutt'i fratelli e le sorelle generate dal medesimo padre, *consanguinei* (63).

II. Disposizioni della Novella 115.

§ 351. Dopo che Giustiniano per lunga pezza si fu contentato di migliorare nei particolari la successione contro un testamento, nel 542 e quindi un anno prima del suo riordinamento della successione intestata passò a fare colla Novella 115 una riforma più radicale. Le sue disposizioni sotto tal rapporto son le seguenti:

1.° I discendenti e gli ascendenti d'un testatore, che si trovano i più prossimi parenti intestati, allorchè egli non possa per valide ragioni o non voglia escluderli, debbono assolutamente essere istituiti eredi (1), almeno nella legittima che loro appartiene così ora come pel passato (2).

(61) L. 1. L. 5. L. 6. L. 8. pr. C. *eod.*
(62) L. un. C. *de inoff. dot.* (6. 30.) L. 1. L. 2. C. Th. *eod.* (2. 21.)
(63) L. 1. L. 3. C. Th. *de inoff. test.* (2. 19.) L. 27. C. *eod.* (3. 28.)
(1) Nov. 115. c. 3. pr. c. 4. pr. c. 5. pr.
(2) Nov. 117. c. 1. Nov. 123. c. 19.

in questo per verità è sufficiente una *institutio ex re certa*, e se la porzione ereditaria è troppo piccola, gli eredi legittimarii instituiti tuttavia non possono altro richiedere dai loro coeredi che il compimento di ciò che manca (3); ma per contrario l'attribuzione della porzione legittima per via di donazione, legati, ec. non impedisce più dall'impugnare il testamento (4), anzi gli eredi legittimarii non sono neppur tenuti per regola d'imputare nella legittima cosiffatti acquisti (5). Non è detto se l'istituzione nella semplice legittima debba farsi libera da condizioni e senza restrizione per legati o altri pesi; ma nondimeno siccome Giustiniano volle non già diminuire ma accrescere il dritto degli eredi legittimarii, così per questo riguardo debbonsi per compimento applicare gli antichi principii (6).

2.° Chi non istituisce i suoi eredi legittimarii, se ciò fa per punizione, deve esser mosso da alcune determinate ragioni, che deve espressamente indicare, ma è indifferente se colui, contro il quale sono allegate cosiffatte ragioni legali, sia stato diseredato o solo trasandato nelle istituzioni. Queste ragioni A. per rapporto ai discendenti sono 14. Imperocchè può essere escluso 1) chi ha alzato le mani contro i suoi genitori, 2) o ha recato loro gravi ingiurie, 3) o li ha accusati in cose criminali, salvo allorchè si trattasse di delitti contro il Sovrano o lo Stato, 4) chi ha tenuto pratiche con persone venefiche, 5) chi ha attentato alla vita dei suoi genitori, 6) il figliuolo che ha avuto illecito commercio colla matrigna o con la concubina del padre, 7) il figliuolo che per via di denunzie ha arrecato gravi danni ai suoi genitori, 8) colui che non ha liberato dal carcere i genitori, quando l'avrebbe potuto col pagare o col dar sicurtà, la quale non può aver luogo solamente per le donne, 9) colui che ha impedito al testatore di far testamento, 10) il figliuolo il quale contro la volontà dei genitori si è dato al mestiere di commediante, purchè gli stessi genitori non sieno commedianti, 11) la discendente, la quale meni una vita immorale, sebbene i genitori le abbiano procurato l'opportunità di un buon matrimonio, se è minore, e sebbene i genitori non si sieno opposti a farla maritare, se è maggiore,

(3) Nov. 115. c. 5. pr.

(4) Nov. 115. c. 3. pr.

(5) Veramente pei discendenti riguardo alle donazioni *dotes, donationes propter nuptias*, e *militiae* può incontrarsi un'eccezione, giacchè i discendenti debbono conferir queste cose anche nella successione testamentaria, quando i coeredi son pure discendenti, per la Nov. 18. c. 6.; ma ciò non si può estendere più oltre, altrimenti chi avesse donato o legato all'erede legittimario tanto da agguagliare la sua quota legittima, non potrebbe istituire il medesimo in alcun'altra cosa, il che sarebbe un assurdo.

(6) V. § 349. Nota 25.

12) colui che non ha preso cura del testatore e lo ha abbandonato senza ajuto durante una temporanea demenza, 13) colui che ha trascurato di riscattare dalla prigionia il testatore, quando era in istato di farlo, e 14) chi ha abbracciata l'eresia (7). B. Per contrario non vi sono che otto ragioni, per le quali gli ascendenti possono essere esclusi: 1) allorchè hanno accusato in un giudizio capitale i loro figliuoli, salvo per delitto di alto tradimento, 2) o hanno attentato alla vita dei medesimi, 3) allorchè il padre ha tenuto illecito commercio colla sua nuora o colla concubina del figliuolo, 4) quando hanno una volta impedito il testatore dal far testamento, 5) quando i genitori hanno reciprocamente insidiato alla vita l'un dell'altro, 6) quando hanno abbandonato i loro figliuoli o uno di essi caduto in demenza, 7) quando non li hanno riscattati dalla prigionia, e 8) quando si son dati all'eresia (8).

3.° Se si contrasta la verità di alcuna di siffatte ragioni, gli eredi istituiti han sempre il carico di provarne la verità; ma non si tien conto di niun'altra ragione di una diseredazione per pena, *causae ingratitudinis* (9), il che però non si applica alla *exhereditatio bona mente* (10), per la quale si può in generale fare eziandio una diseredazione dei postumi, mentre una diseredazione per pena non si può tuttavia immaginare se non per i postumi proprii, i quali, pel mancare de' più prossimi discendenti, si fanno avanti e divengono eredi intestati immediati (11).

4.° Se per la diseredazione o preterizione di un erede legittimario non siasi affatto indicata alcuna ragione, o siasi indicata una ragione illegale, o se non possa dagli eredi testamentarii dimostrarsi la verità di una legittima ragione, l'esclusione non nuoce agli eredi legittimarii, mentre rescisso il testamento, *testamento infirmato s. everso*, sulla loro richiesta si viene alla successione intestata, nella quale prendono parte tutti gli eredi intestati che concorrono. Non per tanto sono invalidate soltanto le istituzioni di erede contenute nel testamento, mentre al contrario sussistono i legati, che in tal caso si debbono adempiere dagli eredi intestati, le nomine di tutori, le sostituzioni pupillari, ed altre secondarie disposizioni (12), e questo generalissimamente, essen-

(7) Nov. 115. c. 3. § 1-14.
(8) Nov. 115. c. 4. § 1-8.
(9) Nov. 115. c. 3. pr. § 14. c. 4. § 9.
(10) *Thibaut* teorica dell'interpetrazione logica § 24.; *Zimmern* nell' Arch. per la prat. civ. vol. VIII. p. 153. seg.
(11) V. § 347.
(12) Nov. 115. c. 3. § 14. c. 4. § 9.

dochè le antiche disposizioni intorno ad una conservazione ristretta dei legati ed altre disposizioni nella *bonorum possessio* e nella *quaerela inofficiosi* son cessate (13). È però molto controverso con qual mezzo legale gli eredi legittimarii lesi debbano impugnare il testamento. Ma dal silenzio di Giustiniano sopra un tal punto s' intende di per sè che siano da applicarsi gli antichi principii, in quanto si possano conciliare con le nuove disposizioni. Infatti contro al così detto sistema di nullità, che riguarda come nullo il testamento, e per conseguenza a tutti gli eredi intestati che concorrono, anche a quei che son validamente diseredati, senza riguardare se le persone lese si dolgano o no, concede l'ordinaria *hereditatis petitio ab intestato* da potersi promuovere in trent'anni (14), si oppone già quest' osservazione che Giustiniano non parla d'invalidità ma di rescissione del testamento (15). Ma va del pari tropp'oltre il così detto sistema misto, che riguarda l' antica teorica della preterizione dei *sui* ed *emancipati* come tuttora in voga, secondo il quale per regola si dee intentare la *querela inofficiosi*, ma non per tanto se i *sui* o *emancipati* sieno stati senza legittima ragione trasandati dal loro padre, allora tutti i figliuoli non diseredati espressamente possono domandare la *bonorum possessio contra Tabulas*, ed *sui* trasandati possono anche in ogni tempo trattare il testamento come *ipso jure nullum* o *ruptum*, senza esser tenuti ai legati (16). Ma anche a questo si oppone di nuovo che il testamento non è invalido ma debb'esser rescisso; ed oltre a ciò che nella Novella non si fa alcuna differenza tra preterizione e diseredazione, che Giustiniano fa qui partecipare alla successione tutti gli eredi intestati che concorrono, e che

(13) Nov. 115. c. 4. § 9. Confr. § 348. Nota 20-25. e § 350. Nota 44-48.

(14) Conf. *Zimmern* ricerche sulle teoriche del drilto Romano n. 3.; *Bluntschi* l. c. *Francke* l. c.

(15) Secondo i veri principii ermeneutici sull' applicazione delle leggi correttorie, non si può in fatti parlar del sistema di nullità, o del sistema di derogazione, secondo che alcuni meglio il vogliono denominare. È ancora assolutamente incredibile che agli eredi legittimarii validamente diseredati Giustiniano avesse voluto concedere d'impugnare il testamento a cagione di un altro erede legittimario trasandato, anche quando questi non volesse agire, e la ragione principale che si suole allegare pel sistema di nullità, cioè che così si abbia il risultato più semplice, e per conseguenza si corrisponda meglio allo scopo di Giustiniano di semplificare il drilto ereditario degli eredi legittimarii, non ha alcun valore, imperocchè il sistema puro d' inofficiosità non è in nulla più favorito, e nell'applicazione è più difficile, ma ha il gran vantaggio di non permettere niuna così lunga e così grande incertezza della successione, come è possibile quando tutti gli eredi abintestato che concorrono potessero per trent'anni trattare il testamento come invalido.

(16) Confr. *Gluck* spieg. sistem. delle Pand. vol. VII. p. 324. seg.; *Haubold* de different. inter testamentum nullum et inofficiosum (Opusc. n. 1.) c. 7.; *Meno-Balck* l. c.

egli vuol sempre che sieno conservati i legati. Da tutto ciò è manifesto che non può sostenersi se non il così detto sistema puro d'inofficiosità, secondo il quale o che l'erede legittimario leso sia un *suus* o un *emancipatus*, o un altro discendente, o un ascendente, o già esistente al tempo della formazione del testamento, o sopravvenuto di poi come *posthumus*, o espressamente diseredato o trasandato, il testamento in tutt'i casi debbe essere impugnato con la querela *inofficiosi testamenti*, e ciò può fare il solo erede leso, nel che si applicano ancora tutte le speciali restrizioni di quest'azione; ma non per tanto quando la persona lesa ha promossa la querela, gli eredi testamentarii son tenuti a dimostrare la verità delle ragioni di diseredazione impugnate, e quando il testamento vien rescisso, tutti gli eredi intestati che concorrono coll'attore, anche quelli che sono stati istituiti o validamente diseredati, o che non sono eredi legittimarii, possono venire insiem con lui alla successione, ma i legati e le altre secondarie disposizioni del testamento rimangono in vigore, se pure non vengano per altre ragioni a cadere (17). La Novella 115 in generale non si estende alla querela dei fratelli e delle sorelle, come pure alla querela *inofficiosae donationis et dotis*. Per la qual cosa l'antica teoria su questo punto rimane inalterata, e del pari non è colpito dalla Novella (18) il principio che nei testamenti dei soldati, nei testamenti dei figliuoli di famiglia sul loro peculio quasi castrense, e nelle sostituzioni pupillari non sia mestieri di aver riguardo agli eredi legittimarii (19).

CAPITOLO VI.

DELLA SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO DEI LIBERTI (*).

I. Successione intestata:

1) *Prima dell'epoca Imperiale*

§ 352. Una successione, che sotto più rapporti si allontana dalle regole generali, ha luogo nel patrimonio dei liberti, e qui tra i li-

(17) Confr. Vinnii Sel.quaest. II. 21.; *Pufendorff* observ. T. IV. obs. 76.; *Kock* bonor. posses. § 8.; *Schomann* manuale del dritto civ. vol. I. p. 139. seg.

(18) Ciò apparisce chiaramente dalla posteriore Nov. 123. c. 19., giacchè qui i testamenti degli ecclesiastici sul loro *peculium quasi castrense* sono di nuovo assoggettati alla querela, e per conseguenza le antiche esenzioni dalla querela son presupposte come tuttora esistenti.

(19) V. § 333. Nota 13. § 347. Nota 42. § 349. Nota 33-36.

(*) *Unterholzner* nel giornale per la cogniz. stor. del dritto vol. V. n. 2. *Huschke*

berti sono da comprendere eziandio i figliuoli emancipati, e le moglied i figliuoli liberati dal *mancipium* (1).

1.° Secondo il dritto civile antico ereditavano anche qui 1) inprima i *sui heredes* perfettamente come per le altre persone (2); ma in mancanza di *sui* 2) il *patrono* e i suoi figliuoli di amendue i sessi prendevano il posto degli agnati ed ereditavano del pari che gli agnati secondo la prossimità del grado, cosicchè di più *patroni* l'uno escludeva i figliuoli dell'altro, ed il più prossimo discendente escludeva il più remoto, ma se vi erano più *patroni* o più discendenti del medesimo grado, venivano sempre alla divisione per capi (3). Intanto il dritto ereditario si estingueva per una *capitis diminutio* del *patrono* o del liberto (4), e da ultimo se non vi era nè il *patrono* nè un suo discendente, allora 3) il patrimonio deferivasi alla *gens* del *patrono*, il che pei liberti di un plebeo pare fosse interpetrato nel senso che qui la famiglia del patrono ammettevasi invece della *gens* che i plebei non avevano (5).

2.° Era qui molto particolare la *bonorum possessio intestati* secondo l' Editto del Pretore, il quale distingueva non meno di otto classi

studi del dritto Romano. Breslau 1830. 8. n. 2.; *Mayer* de hereditate parentis manumissoris. Tubingae 1832. 8.; *Francke* de manumissorum successione spec. I-III. Jenae 1836. 8.

(1) § 6. J. quib. mod. jus. patr. pot. solv. (1. 12.) § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) L. 4. in fine C. *de bon. lib.* (6. 4.). Un' eccezione, come da se s' intende, incontrasi allorchè i figliuoli per la prima o seconda volta erano stati liberati dal *mancipium*, imperocchè essi allora ricadevano di nuovo sotto la potestà del padre, e quindi non divenivano effettivamente liberi; V. § 62. Nota 26.

(2) Caj. III. 49.; Ulp. XXVII. 1. XXIX. 1.; pr. J. *de suc. lib.* (3. 7.)

(3) Caj. III. 45. 46. 51. 58-62.; Ulp. XXVII. 1-4. XXIX. 2. 5.; Paul. S. R. III. 2. § 1. 3. L. 3. pr. D. *de suis et* leg. (38. 16.) Collat. XVI. c. 8. Fragm. Vat. § 308, Theoph. I. 17.

(4) Caj. III. 51.; Ulp. XXVII. 5.; § 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.)

(5) Cic. de Orat. I. 39. Soltanto da ciò che si ammette nel testo, e che è confermato anche pel dritto ereditario della *familia patroni* riconosciuto posteriormente nell' Editto si fa chiara la contesa tra la patrizia *gens Claudia*, e la *familia plebea* de' *Claudii Marcelli* presso Cic. l. c. I Claudii Marcelli discendevano senza dubbio da un plebeo per nome Marcello, che un Patrizio per nome Claudio si avea adottato, e per questo la *gens Claudia* voleva anche estendere il suo dritto ereditario sui liberti dei Claudii Marcelli, come se questi appartenessero alla *gens*, mentre i Claudii Marcelli rivendicavano il dritto ereditario esclusivamente alla loro famiglia. È poi indifferente relativamente alla pruova di che qui si tratta che questa controversia riguardasse la successione del figliuolo di un liberto; imperocchè se il dritto di successione si applicava rispettivamente alla *gens* o alla *familia patroni* anche ai figliuoli dei liberti, allorchè questi morivano senza agnati, dovea tanto maggiormente applicarsi anche ai liberti medesimi.

di eredi (6): 1) *unde liberi*. Questa classe non altramente che pei non manomessi comprendeva eziandio oltre i *sui* anche gli *emancipati* (7); solamente qui eravi la restrizione, che quando i *sui* non erano figliuoli naturali, ma o figliuoli adottivi, o *uxores in manu* del liberto, o dei suoi figli, un *patrono* maschio dovea concorrere con essi e prendere la metà del patrimonio (8), 2) *unde legitimi*. Anche qui i *patroni* e i loro figliuoli erano chiamati nella stessa guisa che secondo il dritto civile (9). Però in conformità del principio altra volta ricevuto che nella classe *unde legitimi* ereditavano soltanto le più prossime agnate, cioè le *consanguineae* e non già le donne di grado più lontano (10), doveano anche qui succedere soltanto le *patrone* ma non già le figliuole de' *patroni*, e noi troviamo effettivamente che questa conseguenza veniva osservata (11). 3) *Unde decem personae*. Questa classe s'incontrava soltanto per coloro, che erano liberati dal *mancipium*, ma qui escludeva la classe *unde legitimi*, giacchè dieci determinati parenti del manomesso erano preferiti alla successione patronale dell'*extraneus manumissor* e dei suoi discendenti (12). 4) *Unde cognati*. In questa classe che avea una principale importanza pei figliuoli emancipati, sebbene fosse anche possibile per gli altri manomessi (13), eran compresi i soli parenti del sangue del manomesso secondo la prossimità del grado, i quali però non succedevano che dopo il patrono e i suoi figliuoli (14). Per le donne manomesse i loro figliuoli erano anche compresi in questa classe e per conseguenza non venivano alla successione che dopo il patrono, salvo allor-

(6) *Goschen* nel mag. civ. di *Hugo* vol. IV. N. 12.

(7) Ulp. XXVIII. 7. 8; § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.)

(8) Caj. III. 41. 45. 46. Ulp. XXIX. 1; L. 1, § 2. D. *de bon. lib.* (38. 2.) § 1. J. *de succ. lib.* (3. 7.) V. § 353. N. 3.

(9) Caj. III. 41. 45. 46., Ulp. XXIX. 2. L. 17. L. 18. D. *de bon. lib.* (38. 2.) § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Confr. Nota 3.

(10) V. sopra § 337. Nota 12.

(11) Ulp. XXIX. 4. 5.; Caj. III. 53.

(12) Collat. XVI. c. 9.; § 2. § 3. J. *de bon. poss.* (3. 9.) Theoph. ad h. l. Presso Ulp. XXVIII. 7. questa classe è interamente trasandata, probabilmente perchè di rado ne accadeva di parlare, giacchè il *mancipium* al tempo di Ulpiano era già divenuto raro.

(13) Non vi è bisogno di spiegare come questa classe poteva incontrarsi per coloro che erano stati liberati dal *mancipium*, imperocchè essi erano usciti soltanto dalla famiglia, ma non aveano perduto la parentela del sangue dei loro parenti naturali. In quanto ai liberti propriamente detti, da prima appartenevano qui soltanto i loro figliuoli, che un altro avea adottati Ulp. XXVIII. 3., come pure i figliuoli di donne manomesse; ma secondo una disposizione di Giustiniano anche i loro genitori manomessi insieme con loro § 10. J. *de grad. cognat.* (3. 6.)

(14) Ulp. XXVIII. 7. 9. § 3. J. *de bon poss.* (3. 9.) § 9. 10. J. *de grad. cogn.* (3. 6.)

chè o il patrono o la manomessa avesse patito una *capitis diminutio minima*, nel qual caso, perchè il dritto ereditario patronale si teneva come estinto, veniva immediatamente la classe *unde cognati* (15). 5) *Familia patroni* o *tum qua* s. *tum quem ex familia*, pei quali s' intendevano gli agnati del *patrono* nel medesimo ordine, nel quale succedevano allo stesso come *legitimi heredes* (16). 6) *Patronus*, *patrona*, *item liberi et parentes eorum*, la qual classe si riferiva al caso che lo stesso *patrono* fosse un liberto, nel qual caso, in mancanza di più prossimi eredi, eran chiamati il suo *patrono* come pure i figliuoli e genitori del medesimo (17). 7) *Unde vir et uxor*, Dopo tutti i predetti eredi veniva il conjuge sopravvivente del defunto (18). 8) *Cognati patroni*. In ultimo luogo venivano anche i semplici cognati del *patrono* (19).

2) *Nell'epoca Imperiale.*

§ 353. L'ordine di successione dell' Editto, che qui abbiamo esposto, si mantenne fino a Giustiniano; non per tanto sotto gl' Imperadori patì parecchie modificazioni.

1.° In prima la *lex Junia et Papia Poppaea* vi portò parecchie alterazioni (1): 1) allorchè un liberto avea nel patrimonio 100,000 sesterzii, e meno di tre figliuoli, allora il *patrono* o i suoi discendenti maschili doveano concorrere anche coi figliuoli naturali del liberto, e prendere una porzione virile, ma, se vi erano tre o più figliuoli, ne rimanevano esclusi (2). 2) Una *patrona* avente due figliuoli se era ingenua, e tre, se era liberta, poteva egualmente che un patrono maschio concorrere secondo l' Editto coi figliuoli adottivi e coll' *uxor in manu* del liberto, ed una patrona ingenua che avesse partorito tre figliuoli poteva del pari che un patrono maschio concorrere anche coi figliuoli naturali del liberto (3). 3) Medesimamente dovea alle figliuole del patrono competere in generale il medesimo dritto ereditario che a lui stesso ed ai suoi figliuoli, quando avesse partorito anche un solo figliuo-

(15) Caj. III. 51.; Ulp. XXVII. 5. V. Nota 4.

(16) Ulp. l. c.; § 3. J. cit.; Theoph. ad h. l.; *Goschen* l. c. p. 267-299.

(17) Ulp. XXVIII. 7. XXIX. 6.; Collat. XVI. c. 9. § 1.; § 3. 5. J. *de bon. poss.* (3.9.); Theoph. ad h. l.; L. 4. in fine C. *de bon. lib.* (6.4.) *Goschen* l. c. p. 299. seg.; *Huschke* l. c. p. 58. seg.

(18) Ulp. XXVIII. 7.; Collat. l. c.; § 3. J. cit.

(19) Ulp. l. c.; Collat. l. c.; § 3. J. cit.

(1) *Huschke* l. c. p. 25-58.

(2) Caj. III. 42. 45.; § 2. J. *de succes. libert.* (3.7.)

(3) Caj. III. 49. 50.; Ulp. XXIX. 6. e 7. V. § 282. Nota 8.

lo (4), nondimeno esse per concorrere coi figliuoli adottivi e coll'*uxor in manu* del liberto doveano avere ottenuto il *jus trium liberorum* (5). 4) Una liberta che avea quattro figliuoli dovea esser liberata dal padronato del suo *patrono*, ma questi per una indennità dovea insieme coi figliuoli di lei, che succedevano nella classe *unde cognati*, ereditare una porzione virile (6).

2.° Quando la *lex Aelia Sentia* ebbe introdotta la classe dei dedititii (7), stabilì pel dritto ereditario la distinzione, che a coloro i quali per la manomissione sarebber divenuti *liberti cives*, se non avessero prima commesso un delitto, si dovesse anche succedere nella stessa guisa che a' cittadini (8), ma diversamente dovesse esser per coloro, i quali anche senza delitto non avrebbero ottenuto che la sola Latinità (9). Intanto non era detto, o almeno non era chiaramente espresso nella legge come si avesse a succedere nell'ultimo caso, nondimeno più tardi furono a questo caso applicati i principii sopra la successione dei *Latini Juniani* (10).

3.° Cioè la *lex Junia Norbana* concedendo a tutti i manomessi imperfettamente il *jus latinorum*, dal che ebbero anche il nome di *Latini Juniani* (11), lasciò stare tuttavia l'antica regola, che i medesimi vivevano soltanto come liberi, ma morivano come schiavi (12), per la qual ragione qui non avea luogo alcuna successione propria, ma il patrimonio de'medesimi ricadeva al loro antico padrone, ed agli eredi di lui, senza riguardo alle regole sulla successione nel padronato (13). Intanto un Senato-consulto Largiano an. di R. 794. (42. d. Cr.) portò qui un certo ravvicinamento colla successione dei *liberti cives*, essendochè esso stabilì che anche la successione di un *latinus Junianus*, quando il manomettente fosse morto con un testamento, dovesse in prima ricadere ai suoi discendenti non diseredati nominatamente, anche ai trasandati nel testamento, e solo quando non vi fossero discendenti, dovesse appartenere agli altri eredi del manomettente, intor-

(4) Caj. III. 53.; Ulp. XXLX. 7.; V. § 252. Nota 11.
(5) Caj. III. 46.; Ulp. XXIX. 5. V. § 252. Nota 8.
(6) Caj. III. 44. 47.; Ulp. XXLX. 3.
(7) La mia St. § 80.
(8) Caj. III. 74. 75.
(9) La mia St. § 80. Nota 3. e 4.
(10) Caj. III. 76.
(11) La mia St. § 80. Nota 8.
(12) La mia St. § 35. Nota 15.
(13) Caj. III. 55-62.

no al che veramente si fece quistione se effettivamente si fosse inteso parlare di tutt' i discendenti (14). Sopra ciò un Editto di Trajano prescrisse eziandio che se un *latinus Junianus* senza il consenso del manomettente avesse ottenuto dall' Imperadore il *jus Quiritium*, cioè la cittadinanza (15), non ostante la cittadinanza, dovesse per lui aver luogo la successione speciale dei *latini Juniani* (16). Nondimeno un Senatoconsulto sotto Adriano portò a ciò un mutamento pel caso che posteriormente incontrassero avvenimenti tali che il *Latinus Junianus* anche senza la concessione del *jus Quiritium* per parte dell' Imperadore sarebbe divenuto cittadino Romano (17).

4.° Inoltre il Senato-consulto Tertulliano emanato anche sotto Adriano, esercitò pure la sua influenza sulla successione nel patrimonio de' liberti, essendochè in esso era prescritto che la madre di un defunto la quale essendo ingenua avesse partorito tre volte, o essendo liberta, quattro (18), non solo dovesse esser preferita a tutti i parenti collaterali (19), ma dovesse eziandio aver sempre la preferenza sull' Avo e bisavo, la qual cosa pei figliuoli emancipati assicurò al dritto ereditario della madre la preferenza sul dritto ereditario patronale, quando l'Avo o il bisavo del defunto avesse eseguita l'emancipazione (20).

5.° Maggiore influenza ebbe il Senato-consulto Orfiziano sotto Marco Aurelio dando ai figliuoli il più prossimo dritto ereditario anche rispetto alla loro madre, e per conseguenza introducendo anche qui la classe *unde liberi*, la quale escludeva dalla successione il *patrono* del pari che i parenti collaterali (21), nel che però non si ha alcun dubbio che nei casi in cui il *patrono*, secondo la *lex Papia Poppaea* concorreva coi figliuoli del suo liberto (22), questo stesso avea pur luogo anche nella successione di una donna manomessa (23).

(14) Caj. III. 63-71.; § 4. J. *de success. libert.* (3. 7.) L. un. § 12. 13. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(15) La mia St. § 82. Nota 1.

(16) Caj. III. § 72.; § 4. J. cit.

(17) Caj. III. § 73. Confr. la mia St. § 82. Nota 14-24.

(18) Paul. S. R. IV. 9. V. sopra § 339. Nota 6-12.

(19) § 3. 7. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. pr. § 1. seg. L. 7. D. *eod.* (38. 17.)

(20) § 3. J. *eod.* L. 2. § 15. D. *eod.* Le parole: « quamvis fiduciam contraxerint » qui non vogliono dir altro se non che: quamvis emancipaverint et patronatum habeant ». Confr. § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 3.)

(21) Pr. § 1. 2. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.) L. 1. pr. D. *de Sct. Tertull.* (38. 17.) Confr. con Caj. III. 51.; Ulp. XXIX. 2. V. sopra § 339. Nota 15-20.

(22) V. Nota 2-5.

(23) Pare veramente strano che Ulpiano non vi fa alcuna osservazione, ma il titolo

6.° A questo disposizioni si aggiunsero ancora parecchie modificazioni che le costituzioni degli Imperadori Cristiani apportarono nel dritto ereditario, e che in parte aveano applicazione anche nella successione dei liberti, come l'ammissione di quasi tutt'i discendenti nella classe *unde liberi* (24).

7.° Ma a ciò si aggiunsero eziandio parecchie costituzioni, che ebbero specialmente per oggetto l'eredità dei liberti. Così Valentiniano III. tolse via ogni concorrenza del *patrono* coi discendenti del liberto (25), ed ammise ancora a succedere nella metà del patrimonio i genitori e i fratelli e le sorelle del liberto insieme con gli eredi del *patrono*, quando il *patrono* medesimo non esisteva (26). Ma sono particolarmente da notare le seguenti disposizioni di Giustiniano: 1) il dritto ereditario patronale cessa interamente in più casi, segnatamente quando il patrono anticipatamente vi abbia rinunziato, al che prima non si avea alcun riguardo (27). 2) Ma quando esso ha luogo succedono nella guisa medesima che per le altre persone A. i discendenti del liberto di qualsivoglia maniera, ad eccezione soltanto dei figliuoli adottivi; B. di poi il patrono ed i suoi discendenti di ogni maniera, ad esclusione anche qui dei figliuoli adottivi, e nel tempo stesso con la pura successione graduale, cosicchè il grado più prossimo esclude in tutto il più remoto; C. da ultimo i parenti collaterali del patrono secondo la prossimità del grado (28). Quest'ordine di successione fu espressamente stabilito anche per la successione dei figliuoli emancipati (29), e per rispetto ai liberti in proprio senso fu anche indirettamente esteso in ciò, che Giustiniano abolì la classe dei *Dedititii* e dei *Latini Juniani* e dichiarò tutt'i manomessi *liberti cives* (30). Intanto Giustiniano posteriormente cambiò anche di avviso per rispetto ai figliuoli emancipati. Imperocchè dopo che egli da prima ebbe ristretto il dritto ereditario patronale del padre a favore dei fratelli e delle sorelle (31), nell'introdurre con la

XXIX. dei suoi frammenti, dove ciò dovrebbe stare, è monco, come già il dimostra il principio del § 3.

(24) V. § 340. e 341.

(25) Nov. Valentin. III. tit. 25. § 6.

(26) Ivi § 7.

(27) L. 3. L. 4. pr. C. *de bon. lib.* (6. 4.)

(28) L. 4. C. cit.

(29) L. 4. in fine C. cit. Confr. § 6. J. *quib. mod. jus. patr. pot. solv.* (1. 12.) § 8. J. *de legit. agn. succ.* (3. 2.) L. 6. C. *de emancip.* (8. 49.)

(30) La mia St. § 131. Nota 2.

(31) L. 13. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

novella 118 il suo nuovo ordine generale di succedere applicò questo anche alla successione dei figliuoli emancipati (32); il perchè per costoro non è più a parlare di dritto ereditario patronale.

II. Successione testamentaria

§ 354. Il dritto civile antico non ammetteva pei libertini alcuna restrizione di testare (1), mentre poi le libertine avean mestieri per far testamento del consenso del *patrono* come loro legittimo tutore(2), il che non per tanto divenne qualche cosa di singolare, solo allorchè la *lex Claudia* sotto Claudio ebbe liberate le altre donne dalla tutela perpetua (3), ed in sul finire del 2.° Secolo dopo Cr: non esisteva più (4), ma anche prima di quel tempo era stato mitigato in ciò, che i semplici *tutores fiduciarii*, quali appunto erano i tutori delle manomesse, non poteano rifiutare il loro consenso (5), e che le donne manomesse, le quali aveano partorito quattro figliuoli, furono dalla *lex Papia Poppaea* liberate dalla continua tutela (6). Ma, come avea preso voga l'opinione che un testatore non potesse in tutto trasandar senza considerazione i suoi eredi intestati, così le applicazioni di questo principio si estesero anche al dritto ereditario patronale, se pure quella opinione originariamente non si formò appunto per questo rapporto (7).

1.° L'Editto del Pretore prescrisse che un liberto, il quale non avesse figliuoli naturali, facendo testamento dovesse istituire nella metà del patrimonio il suo patrono maschio, o se questi fosse morto, i suoi più prossimi discendenti maschi (8), ma ciò non riguardava i testamenti delle donne manomesse, imperocchè qui il patrono era garentito pel consenso che gli si dovea richiedere (9).

2.° Più innanzi andò la lex *Papia Poppaea* disponendo 1) che anche

(32) Nov. 118. c. 2. 4. Di altra opinione è *Mayer* l. c.

(1) Caj. III. 40.; Ulp XXIX. 1. ; pr. J. *de success. lib.* (3. 7.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4)

(2) Caj. III. 43. I. 192. II. 118.-122.; Livius XXXIX. 9.

(3) V. § 133. Nota 8.

(4) Nella L. 13. § 2. D. *de tutor. dat.* (26. 5.) di Papiniano manifestamente vien presupposto che la *legitima patronorum tutela* sulle donne puberi era cessata.

(5) Caj. I. 115.

(6) Caj. III. 44. 45. 59.; Ulp. XXIX. 3, 4.

(7) Si è già osservato nel § 349. che l'istituzione del patrono prescritta nell' Editto potè bene servir di fondamento alla *querela inofficiosi*.

(8) Caj. III. 41. 45. 58.; Ulp. XXVII. 1. XXIX. 1. 4.

(9) Caj. III. 43. 41.

il liberto avente figliuoli naturali, ma meno di tre, se il suo patrimonio ascendesse a 100,000 sesterzii, dovesse istituire nella porzione di un figliuolo il *patrono* o i suoi discendenti maschi (10), 2) che le *patrone* e le discendenti del *patrono* nelle circostanze, in cui nella successione intestata erano agguagliate al patrono, ed ai suoi discendenti maschi (11), avessero egualmente lo stesso dritto ad esser considerate nel testamento del liberto (12), e 3) che una liberta la quale avea il *jus quatuor liberorum*, potendo ora testare indipendentemente dal patrono, dovesse lasciargli la porzione di un figliuolo (13).

3.° I *Deditiii* della *lex Aelia Sentia* non erano ammessi a testare, ed i *Latini Juniani* ne erano espressamente esclusi dalla **lex** ***Junia*** Norbana (14).

4.° Valentiniano III. restrinse anche alquanto il dritto del *patrono* e dei suoi discendenti nel seguente modo: 1) se un liberto o una liberta avea discendenti di qualsivoglia maniera, questi senza alcuna restrizione potevano esser nominati eredi dell'intera facoltà. 2) Ma se non v'era alcun discendente, allora A. il *patrono* medesimo dovea conservar senza diminuzione i dritti che gli competevano secondo le antiche leggi; mentre al contrario B. ai figliuoli del patrono ed ai loro discendenti non si era tenuto di lasciare che il terzo dell'eredità, e C. alle figliuole del patrono ed ai loro discendenti non v'era obbligo di lasciar nulla (15).

5.° Finalmente Giustiniano ridusse la cosa a questo, che 1) i liberti di amendue i sessi, i quali possedevano meno di 100 solidi potessero testare senza avere alcun riguardo al *patrono* ed ai figliuoli di lui; 2) ma per coloro che possedevano più si dovesse fare la seguente distinzione: A. se erano stati istituiti dei discendenti del testatore, allora questi escludevano assolutamente il *patrono*. B. Del pari i discendenti eran preferiti al *patrono*, allorchè erano stati diseredati, ma avean fatto rescindere il testamento con la *querela inofficiosi testamenti*. C. Per contrario se il testatore non avea alcun discendente, o se questi erano stati tutti validamente diseredati, allora al patrono ed ai suoi discendenti fino al quinto grado dovea lasciarsi un terzo del patrimonio,

(10) Caj. III. 42. § 2. J. *de success. lib.* (3. 7.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4)

(11) V. § 353. Nota 3-5.

(12) Caj. III. 49. 50.; Ulp. XXIX. 6.; Caj. III. 53.; Ulp, XXIX. 7.; Caj. III. 46. 47.; Ulp. XXIX. 5.

(13) Caj. III. 43. 44.; Ulp. XXIX. 3.

(14) Caj. III. 75.; Ulp. XX. 14. 15.

(15) Nov. Valentin. III. tit. 25. § 2. 3. 4. 8.

altrimenti essi potevano impugnare il testamento (16). I soldati in forza di un Rescritto di Antonino Pio sono anche dispensati dall' obbligo di gratificare il loro patrono nei loro testamenti (17).

III. Conseguenze della violazione dei dritti successorii patronali.

§ 355. Siccome l' Editto del Pretore attribuì condizionatamente al patrono ed al suoi discendenti un dritto ad essere istituiti nel testamento di un liberto, così prescrisse per conseguenza che, quando non fossero stati considerati, potessero domandare la *bonorum possessio contra tabulas.* Nondimeno perciò non si rescinde tutto il testamento, ma il patrono o i suoi discendenti ottengono solamente la parte dell'eredità che loro è dovuta (1); e però accrescono in certa guisa il numero degli eredi istituiti nella medesima guisa che le figliuole o i nipoti del testatore trasandati (2). Oltre a ciò han luogo parecchie eccezioni, per le quali la *b.p.c.t.* o non viene affatto conceduta, o perde di poi la sua efficacia: 1) allorchè sieno stati lesi i figliuoli del testatore, ed abbiano fatto rescindere tutto il testamento con la *querela inofficiosi testamenti*, allora non si ha più riguardo alla *b. p. c. t.* data al patrono (3). 2) Siccome i soldati, secondo la disposizione di Antonino Pio, non son tenuti a considerare nel testamento il loro patrono, così cessa anche qui la *b. p. c. t.* (4). 3) Contro il testamento di un emancipato in generale solo il padre può chiedere la *b. p. c. t.*, ma nol possono i fratelli, sebbene figliuoli del patrono (5). 4) I figliuoli diseredati del patrono neppure hanno alcun dritto alla *b. p. c. t.* (6). 5) Se il patrono senza esser caduto in errore, ha accettato dei legati o delle altre disposizioni fatte nel testamento a suo benefizio, è del pari escluso dalla *b.p.c.t.* (7),

(16) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4.)

(17) L. 1. § 4. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 37. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(1) Caj. III. 41.; XXIX. 1.; L. 1. pr. § 4-6. L. 3. § 1. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 1. § 2. L. 2. L. 3. D. *de bon. libert.* (38. 2.) L. 1. C. *de bon. poss. c. t. liberti* (6. 13.)

(2) V. § 347. Nota 11.

(3) L. 16. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(4) L. 1. § 4. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 37. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(5) L. 1. § 5. 6. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.)

(6) L. 10. § 1. L. 11. L. 12. L. 13. D. *de bon. lib.* (38. 2.)

(7) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. L. 46. L. 50. § 6. D. *eod.* L. 2. C. *de bon. poss. c. t. liberti* (6. 13.)

ed il medesimo vale (8) per pena allorchè egli ha accusato di un delitto capitale il liberto, o ha tentato di revindicarlo in ischiavitù (9). Se il patrono non vuol chiedere la *b. p. c. t.*, possono farlo i suoi figliuoli, ed anche i più lontani discendenti, allorchè i più prossimi nol vogliono. Ma se il patrono sia stato istituito, allora, anche se abbia conseguito di meno, non può impugnare tutto il testamento, ma sibbene può intentare un'*actio ad supplendam legitimam* contro i suoi coeredi (10). Il patrono il quale ha ottenuto la *b. p. c. t.* non è obbligato a soddisfare i legati ed altri pesi contenuti nel testamento (11). L'abuso invalso, che i patroni anche dopo la morte del liberto rivocavano le manomissioni per cagione d'ingratitudine, e si appropriavano per tal modo tutta la successione, quando non fossero stati convenevolmente considerati nel testamento del liberto, fu di già riformato da Valentiniano III. (12). Per contrario rimangono tuttora nel dritto di Giustiniano parecchie disposizioni a garentia del dritto ereditario patronale, le quali possono esser riguardate come precursori della *querela inofficiosae donationis*. Queste sono:

1.° Il principio stabilito nell' Editto del Pretore che, acciocchè il liberto non possa indirettamente sottrarre il suo patrimonio al patrono, questi può impugnare e far rivocare da parte del liberto tutte le donazioni e le alienazioni da lui fatte al di sotto del giusto prezzo (13), in quanto siensi fatte manifestamente con la dolosa intenzione di sminuire il patrimonio in pregiudizio del patrono, al che non si pon mente solo per le donazioni a causa di morte (14); il qual principio 1) fu introdotto da un Pretore Fabio pel caso che vi fosse un testamento del liberto, non importando del resto se il patrono vi fosse stato istituito, o se per essere stato trasandato nel testamento avesse chiesto la *b. p. c. t.* (15), e per tal ragione l'azione del patrono contro gli acquirenti e loro eredi appellasi qui *actio Fabiana* (16), 2) ma da un Pretore Calvisio fu introdotto pel caso della successione intestata (17), il

(8) L. 9. L. 14. L. 16. pr. D. *de bon. lib.* (38. 2.)
(9) L. 2. pr. D. *eod.*
(10) L. 10. pr. L. 20. pr. L. 50. pr. D. *eod.*
(11) L. 3. § 1. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.) L. 4. C. *de bon. lib.* (6. 4.)
(12) Nov. Valentin. III. tit. 25. pr. § 1.
(13) L. 1. pr. § 3. 6-25. L. 4. pr. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.) L. 1. C. *eod.* (6. 5.)
(14) L. 1. pr. § 1. 4. D. *eod.*
(15) L. 1. pr. § 6. 27. L. 3. pr. D. *eod.*
(16) V. § 86 n. II. 4.
(17) L. 3. § 3. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

perchè l'azione in tal caso vien detta *actio Calvisiana* (18); questo principio però ha luogo soltanto pei liberti in senso proprio, e non già anche pei figliuoli emancipati (19);

2.° La disposizione della *lex Aelia Sentia* che tutte le manomissioni a danno del patrono debbano essere nulle (20). Come una notevole estensione analoga dei sopraddetti principi merita qui di esser menzionato, che anche un impubere arrogato, la cui *quarta divi Pii* sia stata lesa per effetto di alienazioni, può far uso dell'azione *Fabiana* e *Calvisiana* (21).

CAPITOLO VII.

DELL' ACQUISTO DELL'EREDITA'.

I. Condizioni dell'acquisto.

§ 356. All'acquisto di un eredità deferita si richiede:

1.° In generale la idoneità legale di divenire erede, e questa presuppone 1) che l'erede chiamato non sia inabile a succedere, o generalmente o nel caso particolare di cui si tratta (1), e 2) che per la sua condotta non siasi renduto indegno della successione (2), il che, sebbene la più parte delle cause d'indegnità non possano presentarsi se non dopo l'adizione, nondimeno per alcune può avvenire anche antecedentemente (3), ed allora rende inefficace l'accettazione. Secondo il dritto antico, 3) si richiedeva eziandio che l'erede non fosse un *incapax*, o che a tempo fosse cessata l'incapacità, ma ciò nel nuovo dritto è scomparso (4).

2.° Allorchè l'erede non è un *heres suus* o *necessarius* che acquista l' eredità *ipso jure*, si richiedono anche quattro cose: 1) la formale e regolare accettazione dell'eredità legalmente fatta (5), 2) il consenso di colui, sotto la cui potestà l' erede si trova, quando non è *sui juris*, al qual consenso, in caso di istituzione di uno schiavo altrui si dee as-

(18) V. § 86. n. II. 5.
(19) L. 2. D. *si a par. quis man. sit.* (37. 12.)
(20) Caj. I. 37.; Ulp. I. 15.
(21) L. 13. D. *si quid in fraud. patr.* (38. 5.)
(1) V. § 309. § 318. § 345.
(2) V. § 391.
(3) Per es. quando l'erede ha cagionato la morte del defunto.
(4) V. § 390.
(5) V. § 301. e 303.

solutamente aver riguardo (6), al contrario pei figliuoli sotto la potestà del padre, mentre prima era anche assolutamente necessario il consenso del padre (7), ora non si richiede se non quando i figliuoli sono impuberi; essendochè secondo la disposizione di Giustiniano i figliuoli maggiori di età possono accettar l' eredità, anche contro il volere del padre, ed i minori, almeno nel caso che per quest'oggetto si lascino nominare un curatore (8). 3) La necessaria capacità di volontà, la quale per questo riguardo vien riconosciuta per regola non solo nei minori (9), ma contro i principi ordinarii anche nei dichiarati prodighi (10); mentre al contrario A. i dementi anche qui si ritengono come assolutamente privi di volontà (11), e del pari i fanciulli al di sotto di sette anni (12); il perchè quando queste persone stanno sotto la potestà del padre, a costui si appartiene di compiere la loro volontà e di accettare o rinunciare per essi (13), altrimenti si appartiene al tutore (14); B. gli impuberi possono accettare da se medesimi solo col consenso del loro padre o del tutore (15); e C. i ciechi, i sordi e muti han mestieri di un curatore per l'accettazione, per lo meno nel caso che sia manifesto che essi a cagione del loro difetto non sieno in istato di comprendere perfettamente di che si tratta (16). 4) La effettiva e libera volontà di acquistar l'eredità (17), e di acquistarla in quel-

(6) L. 25. L. 45. L. 62. § 1. L. 64-68. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(7) Caj. II. 87.; L. 6. pr. § 4. L. 25. § 4-15. L. 26. L. 30. L. 35. L. 36. L. 52. D. *eod.* L. 18. D. *de R. J.* (50. 17.). Solo per la *bonorum possessio* la cosa era diversa L. 1. C. *qui admitti* (6. 9.), ovvero quando il padre prima della dichiarazione erasi morto L. 15. D. *de jure delib.* (6. 30.)

(8) L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(9) La sola eccezione che s' incontra è quella teste menzionata, quando un minore vuole adire l' eredità contro il volere di suo padre, secondo la L. 8. § 1. C. *eod.*

(10) L. 5. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(11) L. 47. L. 63. D. *eod.* L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(12) § 10. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 18. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(13) L. 1. D. *de bon. poss. fur.* (36. 3.) L. 18. pr. § 1. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(14) L. 50. L. 63. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.) L. 18. § 2. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 7. pr. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.) V. appresso § 364.

(15) L. 8. L. 9. L. 49. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 7. § 1. L. 8. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 7. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.) L. 18. § 4. C. *de jure delib.* (6. 30.) L. 8. § 1. 3. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(16) L. 5. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 2. D. *de bon. poss. fur.* (37. 3.)

(17) L. 6. § 7. L. 20. L. 88. D. *de adq. her.* (29. 2.) § 7. J. cit.

la guisa ch'è deferita, e quindi pienamente (18), e senza condizione (19), altrimenti l'accettazione è invalida, anche quando l'erede abbia accettato per comando del suo padrone o padre (20). Soltanto nella *gestio pro herede* non si fa caso dell'intenzione di accettare semplicemente una parte dell'eredità, e quindi s'acquista l'intero (21).

II. Effetti:

1) *Generalità.*

§ 337. Per l'acquisto dell'eredità l'erede entra (1):

1.° In tutte le relazioni patrimoniali del defunto coi medesimi dritti e colle medesime obbligazioni che questi avea (2), per la qual ragione si dice che egli lo rappresenta (3), e questo tale effetto prende data retroattivamente dalla morte del defunto, come se fin d'allora fosse divenuto erede (4). I soli dritti e le obbligazioni strettamente personali formano una importante eccezione da questa regola, imperocchè essi si estinguono col defunto(5), mentre al contrario i dritti e le obbligazioni condizionali passano generalmente anche agli eredi(6). Gli effetti più notabili della rappresentazione del defunto per parte dell'erede sono i seguenti: 1) i crediti e i debiti fra loro si estinguono per la confusione (7), e lo stesso è pei dritti reali che appartenevano ad uno sulle cose dell'altro (8). Non per tanto quando vi sono più eredi, na-

(18) L. 1. L. 2. D. *eod.* L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 50.)

(19) L. 51. § 1. 2. L. 75. D. *eod.* L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)

(20) L. 6. § 7. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 65. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(21) L. 10. D. *de adq. her.* (29.2.)

(1) L. 37. D. *de adq. her.* (29.2.)

(2) L. 59. D. *de R. J.* (50 17.) « Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat ». Confr. Cic. de legib. II. 19.

(3) Nov. 48. prooem.: « cum legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit ».

(4) L. 54. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 138. pr. L. 193. D. *de R. J.* (50, 17.)

(5) L. 68. L. 196. D. *eod.* L. 13. D. *de injur.* (44. 10.) § 1. J. *de perpet.* (4. 12.) L. 21. D. *de usu* (7. 8.) L. 3. L. 11. L. 12. L. 14. C. *de usufr.* (3. 33.) L. 16. § 1. D. *de tutel.* (26. 1.) Confr. § 248. Nota 3.

(6) V. § 238. Nota 9. Le eccezioni delle disposizioni condizionali nelle ultime volontà (§ 313. Nota 13.) dipendono da ciò che ogni disposizione è in sè strettamente personale.

(7) L. 75. L. 95. § 2. D. *de solut.* (46. 3.) L. 2. § 18. L. 20. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 7. C. *de pact.* (2. 3.) L. 5. C. *de her. act.* (4. 16.)

(8) L. 9. L. 10. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 1. D. *quaemadm. serv. am.* (8. 6.) L. 24. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 2. § 19. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (30.)

turalmente la confusione non si verifica per ciascuno di essi che per u-na parte proporzionata, e per conseguenza cessa pei dritti indivisibili, i quali o si estinguono interamente, o non si estinguono affatto (9). 2) L'eredità ed il patrimonio dell'erede in generale si confondono giuridicamente in una sola massa, cosicchè sebbene non abbia avuto luogo alcuna riunione di fatto, pure gli eredi dell'erede non possono accettar questo e rinunciar quella (10). 3) L'erede insiem col patrimonio assume eziandio i debiti, anche allorchè ne oltrepassano l'ammontare (11), il che di già era stato prescritto dalle dodici Tavole (12), e con ciò sta in connessione la disposizione dell'Editto del pretore che i creditori, quando vi sia un fondato sospetto per la solvibilità dell'erede, possono richiedere una sufficiente cauzione, e se questa non si presti, l'immissione nel possesso dell'eredità (13). La risponsabilità assoluta dell'erede pei debiti, prescindendo dalle relazioni di debito strettamente personali, patisce eziandio tre eccezioni: A. per la *separatio bonorum* conceduta nell'Editto ai creditori ereditarii ed ai legatarii, quando ha luogo un concorso di creditori contro l'erede, la quale separazione fa cessare i loro dritti verso gli eredi (14); B. pel privilegio da Giustiniano conceduto ai soldati di non dover rispondere generalmente oltre l'ammontare della massa (15); e, C. pel *beneficium inventarii* anche introdotto da Giustiniano. In fatti dopo che Giustiniano ebbe molto facilitata la restituzione contro l'accettazione di un' eredità aggravata di debiti (16), prescrisse che quando un erede, il quale non avesse ancora semplicemente accettato (17), fra i trenta giorni da che aveva avuto notizia della delazione dell'eredità, dichiarasse di voler fare un inventario della medesima, e lo eseguisse fra sessanta giorni in presenza di Notaj come pure dei creditori e dei legatarii, o di tre testimoni, se niuno di questi fosse presente, ovvero se egli fosse altrove domiciliato lo eseguisse

(9) L. 8. § 1. D. *de servit.* (8. 1.) L. 30. § 1. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.)
(10) L. 3. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 10. § 2. D. *de vulg. subst.* (28. 6.) L. 7. § 2. L. 25. § 12. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. C. *de her. inst.* (6. 24.)
(11) L. 33. D. *sol. matr.* (24. 3.) L. 8. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. pr. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 10. L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.) § 5. J. *de her. qual.* (2. 19.)
(12) L. 7. C. *de hered. act.* (4. 16.) L. 6. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 25. § 13. D. *eod.* (10. 2.)
(13) L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.)
(14) V. § 227. Nota 28-35.
(15) L. 22. § 15. C. *de jure delib.* (6. 30.)
(16) L. 22. pr. C. *eod.* V. § 88. Nota 6.
(17) L. 22. § 1. C. *eod.*

almeno nel termine di un anno (19), egli durante la descrizione del patrimonio non potesse esser convenuto (20), e dopo compiuto l'inventario, la cui esattezza per altro dovea esser giurata sulla richiesta degli interessati, e poteva sempre essere impugnata con la pruova del contrario (21), non fosse tenuto oltre l'ammontare dell'eredità (22); che avesse anche il dritto di prelevare tutte le spese ed i suoi proprii crediti, i quali in tal caso non si estinguevano per la confusione (23); che avesse ancora la facoltà di soddisfare i creditori ed i legatarii a misura che si presentavano, senza riguardo al grado, che altrimenti fra essi avrebbe dovuto aver luogo (24), e di alienare per tal fine le cose oppignorate libere dal dritto di pegno, giacchè i creditori che da ciò rimanevano lesi poteano rivolgersi soltanto contro i creditori, che a loro erano stati preferiti, ma non già contro l'erede o i compratori dei pegni (25); ma che l' erede però, il quale scientemente avea sottratto qualche cosa, dovesse restituirla al doppio nell'eredità (26), e che chi in generale non avesse fatto uso del beneficio dell'inventario (27), o non avesse osservato le debite regole intorno alla forma ed al tempo in cui doveasi fare, non solo non potesse dedurre la quarta falcidia, ma dovesse eziandio pagar senza diminuzione così i debiti come i legati (28). 4) Le azioni fondate a favore o contro del defunto possono non solo esser continuate, quando di già sieno state introdotte, ma possono eziandio dagli eredi medesimi o contro gli eredi essere istituite (29). Il medesimo vale pel dritto alla restituzione nello stato primiero (30), e così pure tutte le eccezioni, che non sono strettamente personali, compresa l'*exceptio doli* (31), han luogo così a favore come contro degli eredi (32). 5) Per

(18) L. 22. § 2. C. *eod.* Nov. 1. c. 2. § 1.
(19) L. 22. § 3. C. *eod.*
(20) L. 22. § 11. C. *eod.*
(21) L. 22. § 10. C. *eod.* Nov. 1. c. 2. § 1.
(22) L. 22. § 4. C. *eod.*
(23) L. 22. § 9. C. *eod.*
(24) V. § 227.
(25) L. 22. § 4-8. C. *eod.*
(26) L. 22. § 10. C. *eod.*
(27) Qui non si prende in considerazione l'inventario che dee fare l'erede, il quale ha chiesto uno *spatium deliberandi* L. 22. § 13. 14. C. *eod.*
(28) L. 22. § 12. 14. C. Nov. 1. c. 2. § 2.
(29) V. § 70. n. 1.
(30) V. § 81. Nota 1. e 8.
(31) L. 7. pr. D. *de except.* (44. 1.) L. 21. pr. L. 25. § 1. D. *de pactis* (2. 14.)
(32) Imperocchè la regola che l'*exceptio doli* sia ammisibile contro i *successores ex*

verità il possesso come uno stato di fatto non passa da sè negli eredi, per la qual ragione l' erede non è da reputarsi possessore di una cosa sol perchè il defunto ne era possessore (33). Ma non solo l' *hereditas jacens* continua il possesso del defunto sulle cose in essa comprese (34), ma l'erede, allorchè in questa qualità senza un nuovo titolo ha preso possesso di una cosa (35), succede pienamente nello stato di possesso del defunto, e però senza aversi riguardo alla sua propria volontà, scienza, e buona o cattiva fede diviene detentore (36) o giuridico possessore, *bonae* o *malae fidei possessor* (37), secondo che il defunto era l' uno o l' altro, e con tale effetto che convenuto come possessore è risponsabile eziandio per gli utili e pei danni, che il defunto avrebbe dovuto risarcire, se si fosse agito contro di lui, sebbene un convenuto non sia in altri casi responsabile per quelli che lo han preceduto nel possesso (38). 6) La regola *obligatio tertio non acquiritur*, per le convenzioni obbligatorie del defunto conchiuse per gli eredi, nel senso cioè che essi debbano ottenere o prestare qualche cosa, non ha alcuna applicazione, come se i medesimi avesser contratto per se stessi (39). In generale è esatto che le disposizioni che l' erede, vivendo il suo autore, ha fatte sulle cose di lui, per la successione acquistano vigore, ma questo non è un effetto speciale della successione, ma solo una conseguenza di ciò, che in generale le disposizioni su di una cosa altrui per l'acquisto posteriore della medesima diventano valide (40), eccetto quando le leggi abbiano dichiarata interamente nulla una siffatta disposizione, come la manomissione di uno schiavo altrui, la quale perciò non lega il manomettente

causa lucrativa L. 4. § 27-31. D. *de doli exc.* (44. 7.) L. 149. D. *de R. J.* (50. 17.), riguarda anche gli eredi.

(33) L. 23. pr. L. 30. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 1. § 15. D. *si is qui testam. lib.* (47. 4.)

(34) L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurp.* (41. 3.)

(35) L. 23. pr. L. 30. § 5. L. 40. § 1. D. *de adq. poss.* (41. 2.)

(36) L. 60. § 1. D. *locati* (19. 2.)

(37) § 12. J. *de usuc.* (2. 6.) L. 30. pr. D. *ex quib. caus. maj.* (4. 6.) L. 13. § 4. 5. L. 30. § 5. D. *de adq. poss.* (41. 2.) L. 4. § 15. D. *de usurp.* (41. 3.) L. 2. § 19. D. *pro empt.* (41. 4.) L. 11. D. *de divers. temp. praescr.* (44. 3.) L. 3. C. *com. mun. de usuc.* (7. 30.). Non si oppone L. 31. § 6. D. *de usurp.* (41. 3.)

(38) L. 42. L. 55. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 12. § 6. D. *ad exhib.* (10. 4.)

(39) § 15. J. *de inut. stip.* (3. 19.) L. 26. pr. D. *depos.* (16. 3.) L. 38. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. un. C. *ut ab her. et contra her.* (4. 11.)

(40) L. 41. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 7. § 1. L. 9. § 3. D. *qui potior.* (20. 4.) L. 56. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. C. *aliena res pign.* (8. 16.)

nemmeno quando sia succeduto al proprietario (41), ma non è esatto il dire che l'erede per effetto della rappresentazione del defunto debba riconoscere come suoi proprii tutti gli atti del medesimo (42). Veramente quando A. al defunto si sarebbe potuto opporre l'*exceptio doli*, se egli medesimo avesse voluto impugnare il suo atto, allora anche l'erede dee assolutamente lasciar valere quell'atto (43). B. Quando inoltre per gli atti del defunto o immediatamente o condizionalmente sieno nate delle obbligazioni giuridiche, l'erede, come da sè s'intende, dee accettarle non altramente che gli altri debiti, e da ciò segue C. che all'erede, il quale voglia rivendicare le sue cose alienate dal defunto, sebbene l'alienazione in se stessa sia invalida (44), si può opporre l'*exceptio doli* s. *rei venditae et traditae*, perchè l'obbligazione della prestazione dell'evizione è passata in lui (45), e segue del pari D. che l'erede può esser costretto a riconoscere (46) l'oppignorazione della sua cosa fatta dal defunto, sebbene anche questa non sia valida (47); imperocchè l'*actio pignoratitia contraria* per la costituzione di un pegno migliore, quando il già dato non corrisponde al suo scopo, passa anche contro l'erede dell'oppignorante (48). Ma da questi casi in fuori, in cui la trasmissione de' debiti, delle azioni, e delle eccezioni direttamente o indirettamente esercita la sua influenza, gli affari giuridici ed altri atti del defunto, prescindendo dalle disposizioni di ultima volontà, non legano l'erede (49), e però la remissione dei suoi crediti fatta dal defunto è priva

(41) L. 20. D. *qui et a quib. manum.* (40. 9.) L. 4, L. 5. C. *de his qui a non dom.* (7. 10.) L. 2. C. *de mancip. et colon.* (11. 62.)

(42) I miei tratti principali del sistema giuridico dei Romani p. 42. seg.

(43) L. 7. C. *de liberali causa* (7. 16.) Confr. con L. 4. pr. D. *de servit.* (8. 1.) L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 2. § 4. 5. L. 8. pr. D. *de doli exc.* (44. 4.)

(44) L. 73. D. *de evict* (21. 2.)

(45) L. 73. D. cit. L. 1. § 1. D. *de exc. rei vend. et trad.* (21. 3.) L. 8. pr. D. *de doli exc.* (44. 4.) L. 14. C. *de rei vind.* (3. 32.) L. 3. C. *de reb. al. non alien.* (4. 51.) L. 14. C. *de evict.* (8. 45.) L. 24. C. *de donat.* (8. 54.) Confr. § 161. Nota 44-48. Non è che una inconseguente applicazione di questo principio *in favorem libertatis*, quando l'erede non può revindicare in servitù anche i suoi schiavi manomessi dal defunto L. 31. D. *de liberali causa* (40. 12.); sebbene qui non si tratti di una prestazione di evizione. Nondimeno ciò non vale se non per la *manumissio inter vivos*, e non già per la *manumissio directa testamento*; la quale è interamente nulla L. 9. C. *de manum. test.* (7. 2.)

(46) L. 22. D. *de pignor.* (20. 1.) Confr. § 197. Nota 16.

(47) L. 41. D. *de pignorat. act.* (13. 7.)

(48) V. § 237. Nota 15. e 19.

(49) Non si oppone L. 149. D. *de R. J.* (50. 17.) « Ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum praestare debet » la quale manifestamente si riferisce soltanto alla *exceptio doli*; V. Nota 32. e 43.

di ogni effetto (50). Per contrario secondo il dritto Romano antico la rappresentazione del defunto produceva eziandio la trasmissione dei *sacra privata* del defunto (51), i quali doveano continuarsi a celebrare e perciò primamente passavano agli eredi, ma per eccezione si trasmettevano anche ad altri che lucravano qualche cosa dalla eredità (52). Ma dopo che il *jus Pontificium* fu separato dal *jus civile* pare che questa successione nei *sacra* come cosa del dritto Pontificio abbia poco interessato i Giureconsulti Romani (53), e ad ogni modo al tempo dei cristiani questa teorica scomparve affatto dal dritto Romano.

2.° Un secondo effetto generale dell'adizione dell'eredità è l'obbligazione dell'erede di adempiere tutt'i legati validi ed altri pesi contenuti nelle ultime disposizioni (54), sul che intanto, dopo che si poterono imporre dei legati anche a persone diverse dagli eredi (55), valsero in sostanza per tutti i medesimi principii, i quali più convenevolmente si esporranno in altra occasione (56).

3.° Si può anche riguardare come un terzo effetto l'obbligazione dell'erede introdotta probabilmente dal *Sctum Silanianum* di dovere cioè quando il testatore sia stato ucciso, perseguitare in giudizio, ove sia possibile l'autore o gli autori dell'omicidio, sotto pena di perdere l'ere-

(50) La L. 8. § 1. D. *de doli exc.* (44. 4.) si applica solo ad una disposizione di ultima volontà, un *legatum liberationis*.

(51) Caj. II. 55.; *Savigny* nel giornale per la cognizione storica del dritto vol. II. n. 15., ed annali anno X. p. 1145. seg. Heidelb.

(52) La teorica dell'antico Pontefice Massimo Q. Muzio Scevola intorno a questa materia trovasi presso Cic. de legib. II. 19. : » quaeruntur enim qui adstringantur sacris. 1) Heredum causa justissima est. Nulla est enim persona, quae ad vicem ejus qui e vita migravit, proplus accedat. 2) Deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat quantum omnes heredes. Id quoque ordine. Est enim ad id quod propositum est, accomodatum 3) Tertio loco si nemo sit heres, si qui de bonis quae ejus fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo. 4) Quarto qui si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus plurimum servet. 5) Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Una più antica e più semplice teorica incontrasi quivi II. 20.: » haec nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant, tribus modis sacris adstringi: hereditate, aut si majorem partem pecuniae capiat, aut si major pars pecuniae legata est, si inde quidpiam ceperit. »

(53) Cic. l. c. II. c. 19-21. di già accenna a questo, ed ancora nulla trovasi intorno a ciò presso i Giureconsulti classici.

(54) § 5. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) Nov. 1. c. 1.

(55) V. § 371.

(56) V. § 377.

dità come indegno (57), il qual danno vien solamente risparmiato ai minori (58).

4.° Da ultimo appartiene anche qui la singolare disposizione di Giustiniano, che quando il defunto ha lasciato un inventario giurato del suo patrimonio, gli eredi non possono pretendere cose che in esso non si trovino descritte, mentre i creditori non ne rimangono legati (59). Del rimanente quando l'erede si trova tuttora sotto la potestà di un altro, ed acquista a costui l'eredità, tutti gli effetti della successione han luogo per quest'ultimo (60).

2) *Relazioni giuridiche tra i coeredi:*

A. Comunione dei medesimi.

§ 358. Allorchè vi sono più coeredi, dal momento che hanno acquistata l'eredità sorge tra loro una comunione di dritto per parti ideali, la quale, perchè non risulta da una convenzione, vien detta *communio incidens* (1). Non pertanto siffatta comunione patisce parecchie restrizioni ed eccezioni, 1) Per rapporto ai crediti e debiti quando son divisibili, per le dodici Tavole ha luogo immediatamente e da sè stessa la divisione secondo la misura delle porzioni ereditarie, ma quando sono indivisibili, ha luogo una partecipazione solidale di tutti così ai dritti come alle obbligazioni (2), e questi principii valgono anche nei casi, in cui il defunto solo accessoriamente fosse responsabile del debito con-

(57) L. 5. § 3. L. 8. § 1. L. 9. L. 15. § 2. D. *ad Sct. silan.* (29. 5.) L. 50. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. § 1. L. 21. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 9. L. 10. L. 11. C. *eod.* (6. 35.). Senza dubbio fin dall'antichità si ritenne come un dovere morale il vendicare la morte del defunto, ma il *Sct. Silanianum* pare essere stato il primo che attribuì alla omissione di questo dovere l'effetto della indegnità, e che per tal modo la elevò ad un dovere giuridico. Non si può poi sostenere che questo dovere ora col processo accusatorio sia in tutto cessato. L'erede dee per lo meno denunziare il reo, quando egli il possa, in caso contrario diviene indegno.

(58) L. 6. C. *eod.*

(59) Nov. 48. prooem c. 1.

(60) Caj. III. 84.; L. 6. L. 25. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(1) § 3. 4. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 25. § 16. L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(2) L. 2. § 5. L. 4. pr. L. 25. § 1. 9-13. L. 44. § 5. 6. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 1. C. *de except.* (8. 36.) L. 17. D. *de servit.* (8. 1.) L. 2-5. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 192. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 2. § 2. D. *de stipul. praetor.* (46. 5.)

tratto da uno degli eredi (3), ovvero allorchè uno degli stessi coeredi sia il creditore o il debitore del defunto (4). 2) I dritti indivisibili producono in generale un rapporto solidale tra i coeredi, cosicchè possono per intero farsi valere da ciascuno e contro ciascuno, il che interviene specialmente pei dritti di pegno (5), e per le servitù reali (6). 3) Se un soldato abbia nominato pel suo peculio castrense eredi diversi da quelli che ha istituiti nel rimanente del suo patrimonio, queste due specie di beni son riguardate come due eredità interamente distinte, e però la comunione non ha luogo se non fra gli eredi istituiti nel medesimo patrimonio (7). In generale le relazioni giuridiche nella comunione dei coeredi sono quelle medesime che s' incontrano nelle altre specie di comunione di dritto (8). Imperocchè da essa risultano 1) le stesse *obligationes quasi ex contractu* (9). 2) Inoltre ciascuno può individualmente disporre della sua parte ideale così in generale (10), come per rapporto a singole cose (11), mentre al contrario le disposizioni unilaterali da parte di alcuno sulle porzioni degli altri sono invalide (12), e 3) ciascuno ha la facoltà di richiedere in ogni tempo la divisione e la separazione (13).

1.º Questa divisione può sempre avvenire senza l' intervento del magistrato per via di convenzione anche dopo che siasi introdotta un'azione giudiziale (14), e non richede alcuna forma particolare (15). Soltanto, allorchè la divisione siasi fatta per un semplice *pactum*, deve aggiungervisi l' esecuzione di fatto e la presa di possesso da parte dei dividen-

(3) L. 18. § 5. L. 20. 11. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 13. C. *eod.* (3. 36.)
(4) L. 51. § 1. D. *eod.*
(5) L. 29. D. *eod.* L. 11. § 4. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 1. L. 2. C. *si un. ex plur. her.* (8. 32.) V. sopra § 200.
(6) L. 4. § 3. 4. D. *si serv. vind.* (8. 5.)
(7) L. 25. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. pr. D. *de compens.* (16. 2.) L. 17. § 1. D. *de adq. her.* (29. 1.)
(8) V. § 54. e 273.
(9) V. Nota 75-81.
(10) L. 18. D. *de hered. vend.* (18. 4.)
(11) L. 13. L. 25. § 6. L. 47. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(12) L. 20. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. L. 2. C. *de comm. rer. alien.* (4. 52) L. un. C. *si commun. res pign.* (8. 21.) L. 34. pr. D. *de serv. praed. rust.* (8. 3.). Anche quando le cose son rubate ogni individuo non può proporre l' azione di furto a cagione della cosa intera, se non quando per qualche ragione egli porti il pericolo di tutta la cosa intera L. 47. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(13) L. 1. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) Confr. § 54. Nota 16. 17.)
(14) L. 57. D. *eod.*
(15) L. 12. C. *eod.* (3. 36.)

ti (16). Ma in tal presupposizione, rimane legalmente valida anche una divisione eseguita col consenso del defunto, mentre era in vita (17). Intanto qui non altramente che nelle altre convenzioni la violenza, il dolo, e l'errore si ammettono come ragioni d'impugnazione (18), e colui che fosse stato trasandato può domandare una nuova divisione (19).

2.° Ma se i coeredi non sono d' accordo intorno alla divisione, ciascuno di essi ha il dritto di provocare una divisione giudiziale, al quale oggetto le dodici Tavole davano l'*actio familiae herciscundae* (20) azione di buona fede da intentarsi innanzi al Tribunale del domicilio del defunto (21), la quale è ammessa nel tempo stesso anche per più eredità comuni (22), e compete non solo agli eredi di qualunque specie (23), ma *utiliter* anche a coloro, ai quali per altre ragioni sia dovuta una quota di un'eredità (24). Quest'azione come *actio mixta* tende così all'adempimento delle obbligazioni personali risultanti dalla comunione, come alla divisione propria (25), e come *actio duplex* può egualmente da ciascun coerede intentarsi contro degli altri (26), senza aver riguardo al possesso dell'eredità, salvo allorchè ad un erede che non è nel possesso si contrasti il suo dritto ereditario, nel qual caso costui dee daprima agire con l'*hereditatis petitio*, e dimostrare il suo dritto ereditario (27). L'essersi già fatta una divisione convenzionale non impedisce che s' intenti l'azione pel residuo che non ancora è diviso (28); per contrario l'azione non ha luogo che una sola volta, essendochè il giudice dee sempre divider tutto, e per conseguenza effettuare una se-

(16) L. 15. C. *eod.* L. 8. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(17) L. 2. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.)

(18) L. 20. pr. L. 36. L. 38. L. 44. § 2. D. *eod.* L. 22. C. *eod.* L. 3. L. 6. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(19) L. 17. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(20) L. 1. pr. D. *eod.* *Familia* qui dinota il patrimonio L. 195. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) L. 5. C. *eod.* (6. 38.) ed *herciscere*, che significa partire o dividere è forse una parola composta dalle espressioni antiche *erctum ciere* (Intimare o annunziare la cessazione della comunione) Festo p. *erctum citumque* Cic. de Orat. I. 56. Gell. I. 9.

(21) § 28. J. *de act.* (4. 6.) L. 9. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(22) L. 5. § 3-5. D. *eod.*

(23) L. 2. pr. § 2. L. 24. § 1. L. 43. D. *eod.*

(24) L. 2. § 1. L. 24. § 1. L. 40. D. *eod* Confr. sopra § 296.

(25) § 20. J. *de act.* (4. 6.) L. 22. § 4. D *eod.*

(26) L. 2. § 3. L. 27. L. 43. L 44. § 4. D. *eod.* Confr. con L. 37. § 1. D. *de O. et A* (44. 7.) L. 13. D. *de judiciis* (5. 1.)

(27) L. 1. § 2. D. *si pars. her. pet.* (5. 4.) L. 1. § 1. L. 25. § 2. L. 51. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 20. C. *eod.*

(28) L. 1. C. *eod.*

parazione compiuta fra gli eredi (29). Il perchè quando alcuno preliminarmente non voglia dividere che certe cose determinate, e su di ciò non si possa mettere d'accordo con gli altri, ovvero quando nella divisione giudiziale siasi tralasciata qualche cosa, non si dee far uso che dell'*actio communi dividundo* (30). Tra i Giureconsulti Romani era controverso se per la medesima ragione l'*actio familiae herciscundae* si dovesse sempre dirigere contro tutt'i coeredi, e la decisione si dovesse render per tutti, infatti Paolo tenea per nullo il procedimento, quando si fosse in altra guisa procedUto (31), mentre Ulpiano era d'avviso che il giudizio di divisione intervenuto soltanto tra alcuni eredi fosse obbligatorio per costoro (32). Intanto ad ogni modo per lo meno a coloro che non sono intervenuti rimane il dritto di venire dal canto loro nuovamente con l'*actio familiae herciscundae* (33), e dal dovere poi che ha il giudice di fare una divisione compiuta, per quanto si possa, segue che in generale si debba evitare, se è possibile, la restrizione della divisione giudiziale ad alcuni eredi soltanto (34). Durante il giudizio ciascuno per la parte che ha sulle cose può agire contro i terzi, o intraprendere una *operis novi nuntiatio* (35), ma niuno può fare una volontaria alienazione (36). Se una delle parti muore lasciando più eredi, allora questi non possono ciascuno da sè continuare il giudizio, ma debbono nominare un procuratore comune (37). Infino a che non sia seguita la divisione, l'attore può sempre impugnare il dritto ereditario del convenuto o dei convenuti (38), ma dopo che la sentenza di divisione è passata in giudicato, le parti debbono farla valere, ancorachè fossero state ammesse alla divisione delle persone che non vi aveano drit-

(29) L. 20. § 4. L. 25. § 20. L. 44. pr. D. *eod* L. 8. C. *eod*; Paul S. R. I. 18. § 1. 2.

(30) L. 44. pr. L. 20. §. 4. D. *eod.* L. 31. D. *comm. div.* (10. 3) L. 34. D. *pro socio* (17. 2.)

(31) Paul. S. R. I. 18. § 4. « judex familiae herciscundae nec inter paucos coheredes sed inter omnes dandus est: alioquin inuti liter datur» . L. 27. D. *fam herc.* (10. 2.

(32) L. 2. § 4. D. *eod.*; Ulp. « dubitandum autem non est quin familiae herciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. »

(33) L. 17 C. *eod.*

(34) V. Nota 29.

(35) L. 47. pr. D. *eod.*

(36) L. 13. L. 25. § 6. D. *eod.* Ciò non è stato abolito per la restrizione del divieto dell' *alienatio rei litigiosae* al giudizio revindicatorio Nov. 118. C. 1., giacchè le azioni divisorie *pro vindicatione rei sunt* V. § 273. Nota 21.

(37) L. 48. D. *eod.*

(38) L. 37. D. *eod.*

to (39). L'*actio familiae herciscundae* non si prescrive che in trent'anni (40), ed ancora questa prescrizione, finchè continua a riconoscersi la comunione si vuol restringere alle sole obbligazioni da essa risultanti (41). Sebbene per regola si abbia a fare una divisione reale (42), non pertanto il giudice può eziandio procedere alla *adjudicatio* (43), nel qual caso egli dee nel tempo stesso aver cura che si presti cauzione pel caso dell'evizione (44). Anche tutta l'eredità può, se occorre, essere aggiudicata ad un solo (45). Oltre a ciò il giudice può spedire l'affare anche in altra guisa, mediante liquidazione delle reciproche pretensioni (46), mediante l' incanto fra i coeredi (47), mediante la vendita delle cose ereditarie, per distribuirne il prezzo (48), e mediante l' attribuzione di un credito o di un debito ad un solo degli eredi, il che, riguardo ai crediti, obbliga gli altri alla cessione, ma riguardo ai debiti, obbliga solo gli eredi fra loro, ma non già i creditori che vi hanno interesse (49), anche quando lo stesso defunto avesse disposta questa attribuzione (50). I dritti indivisibili naturalmente si debbono sempre aggiudicare ad un solo (51); eccetto se fosse possibile una vendita (52), o una disposizione alternativa del godimento (53). I doveri del giudice che procede alla divisione sono più numerosi che non sono le sue facoltà: 1) egli dee stabilire la quota spettante a ciascuno e liquidare e stimare il patrimonio da dividersi (54). A questo patrimonio si

(39) L. 36. D. *eod*

(40) L. 1. C. *de annali exc. ital. contr.* (7. 40.)

(41) Altrimenti ne risulterebbe l'assurdo, che la comunione non contrastata dovrebbe durar sempre; V. 273. Nota 39.

(42) § 4. J. *de off. jud.* (4. 17.) L. 32. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(43) L. 44. § 1. L. 47. pr. L. 52 § 2: L. 55. D. *eod.* L. 3. L. 14. C. *eod.*

(44) L. 25. § 21. D. *eod.* L. 14. C. *eod.*

(45) L. 55. D. *eod.*

(46) L. 19. L. 52. § 2. D. *eod.* L. 7. L. 21. C. *eod.* L. 1. § 12. D. *de collat.* (37. 6.)

(47) L. 6. L. 22. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(48) L. 26. D. *eod.*

(49) L. 2. § 5. L. 3. L. 20. § 5. D. *eod.* L. 23. C. *eod.*

(50) L. 20. § 5. 8. L. 39. § 5. D. *eod.* L. 69. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 34. § 3. D. *de legat.* III. (32.)

(51) L. 10. L. 29. D. *fam. herc.* (10. 2) L. 10. § 1. D. *commun. div.* (10. 3.)

(52) P. es. in una enfiteusi o superficie, la quale certamente non può essere smembrata L. 7. pr. D. *eod.*, ma ammette l'alienazione.

(53) L. 14. § 1. L. 15. L. 16. pr. § 1. 2. D. *fam. herc.* (10. 2.). Questi passi parlano invero soltanto dell' usufrutto, ma si possono per analogia applicare anche all' uso.

(54) L. 52. § 3. D. *eod.* S'intende da sè che qui il giudice della divisione è tenuto

appartengono non solo le cose del defunto,comprese quelle che in buona fede avea acquistate (55),o che avea l'aspettativa di ricuperare(56), o che al verificarsi di una condizione doveano ricadere ad un altro(57), ma anche i dritti reali che passano agli eredi (58), come pure le servitù personali riserbate agli eredi sulle cose legate (59), al che si aggiugne eziandio ciò che ciascuno degli eredi deve conferire (60), e ciò che da tutti questi oggetti o per mezzo loro si è dopo la morte del defunto guadagnato o acquistato (61). Ma si debbono escludere dalla divisione A. i dritti su i liberti del defunto (62), B. i dritti su i sepolcri e monumenti sepolcrali (63), C. i veleni ed altre cose che è vietato di possedere, e che perciò debbono esser distrutte (64), D. le cose notoriamente involate, rapite, ed in generale acquistate per via d'un delitto (65), E. l'atto contenente le ultime disposizioni del defunto ed altri documenti riguardanti tutta l' eredità, i quali si debbono depositare presso uno degli eredi o in altro luogo sicuro (66), F. e le cose, delle quali un erede ha già alienato ad un terzo la sua parte, cosicchè non rimane più che una speciale comunione di dritto tra gli altri eredi e questo terzo (67). 2) Di poi il giudice dee decidere che cosa ciascuno debba prelevare dalla massa, segnatamente A. la dote data al defunto per la moglie di un figliuolo tuttora vivente del medesimo,la qual dote ricade esclusivamente a quel figliuolo(68),B. le cose prelegate agli ere-

all'osservanza della disposizione di Giustiniano contenuta nella Nov. 48.; V. § 357. Nota 59.

(55) L. 8. § 1. 2. L. 9. L. 10. L. 22. pr. D. *eod.*

(56) L. 22. § 5. L. 23. D. *eod.*

(57) L. 12. § 2. D. *eod.*

(58) L. 10. L. 29. D. *eod.*

(59) V. Nota 53.

(60) V. § 359.

(61) L. 11. L. 12. pr. § 1. L. 15. L. 16. § 3. L. 44. § 8. L. 56. D. *eod.*

(62) L. 41. D. *fam. herc.* (10. 2.) Confr. § 131.

(63) L. 30. D. *eod.* L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* (48.20.)

(64) L. 4. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 3. C. *de summa Trinit.* (1. 1.) L. 6. § 1. L. 8. § 1. C. *de haeret.* (1. 5.). Qui sono specialmente indicati i libri proibiti, *libri improbatae lectionis.*

(65) L. 4. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(66) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. D. *eod.* L. 6. D. *de fide instrum.*(22. 4.) L. 5. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.)

(67) L. 54. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 9. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.)

(68) L. 20. § 2. L. 46. L. 51. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 2. C. *eod.* (3. 36.) L. 1. § 20. D. *de collat.* (37. 6.)

di (69), nel che il giudice, se queste cose sieno oppignorate, dee eziandio procurare che sien liberate dal dritto di pegno a spese della massa (70), e se il prelegato sia fatto a più persone insieme, deve anche effettuare la divisione tra costoro (71), C. le cose che il defunto avea acquistate per un discendente, a nome di costui, giacchè queste, secondo un Rescritto Imperiale, sono da riguardar come donate (72), e però non cadono in divisione, se non quando le donazioni debbono esser conferite (73), D. le spese di un impiego che un figliuolo del defunto assunse col consenso del padre in quanto queste spese siensi fatte vivendo ancora il defunto (74), E. le servitù personali, che un figliuolo di famiglia del defunto ha acquistate al medesimo, essendochè esse ricadono all'acquirente, o che sia uno degli eredi, o che sia stato validamente diseredato (75), e F. secondo la prescrizione di Giustiniano, nella successione testamentaria la dote o la *donatio propter nuptias* costituita ad un discendente istituito, ma ricaduta nuovamente al defunto, quando altri discendenti egualmente istituiti abbiano del pari ricevuta una tal dote o donazione, che non sia ritornata al testatore (76). 3) Inoltre sulla richiesta delle parti deve il giudice condannare reciprocamente gli eredi all'adempimento di quelle obbligazioni, le quali son riguardate come *obligationes quasi ex contractu* risultanti dalla comunione, nel che vale la regola che queste obbligazioni non si estinguono per la perdita delle cose, per le quali sono state occasionate (77). Ma per questo riguardo ogni erede è obbligato A. a mettere in mezzo tutto ciò che possiede dell'eredità o che ha acquistato mediante le cose e i dritti ereditarii dopo l'adizione (78), B. a risarcire i danni, che ha cagionati per dolo o per una

(69) Caj. II. 219. L. 4. pr. L. 8. pr. L. 18. pr. L. 25. § 22. L. 26. L. 33. L. 39. § 4. L. 42. L. 51. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 35. pr. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 1. C. *Greg. famil. herc.* (3. 4.)

(70) L. 28. L. 33. D. *eod.* V. § 311. Nota 18.

(71) L. 22. § 1-3. D. *eod.*

(72) L. 18. pr. C. *eod.* Confr. con L. 32. § 1. D. *de don. inter vir. et uxor.* (24. 1.) L. 1. C. *de revoc. donat.* (8. 56.)

(73) V. § 359. Nota 25. 26. 58.

(74) L. 20. § 6. 7. L. 39. § 3. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 16. D. *de collat* (37. 6.) L. 3. § 17. D. *de muner.* (50. 4.) L. un. C. *de peric. success. par.* (10. 61.)

(75) L. 17. in fine C. *de usufr.* (3. 33.)

(76) L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.). Dopochè nella Nov. 18. la collazione fu estesa anche alle successioni testamentarie, ciò non può incontrarsi se non quando il testatore ha vietato la collazione.

(77) L. 22. § 5. L. 23. L. 24. pr. L. 31. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(78) Paul. S. R. I. 18. § 3. L. 7. L. 19. L. 22. pr. L. 31. L. 31. L. 44. § 3. L. 52. § 1. L. 56. D. *fam. herc.* (10. 2.)

colpa in *suis non consueta* (79), ed a rispondere eziandio per le omissione dannose, quando egli solo era in istato di allontanare un danno (80), C. a sopportare proporzionatamente i danni, che un altro per le cose ereditarie ha patiti (81), D. a rimborsare nella stessa misura, ed in forza di un Rescritto di Settimio Severo, con gl' interessi moratorii le spese, che uno di essi abbia fatte nell'interesse dell'eredità; presupposto che non sieno state fatte se non dopo l'adizione, e che non avrebbero potuto esser fatte semplicemente per la parte di uno (82), ma in tal presupposizione si annovera tra esse anche ciò che un figliuolo sotto la potestà del defunto abbia dovuto pagare per un debito, pel quale il creditore avrebbe potuto convenire anche il defunto con l'*actio de peculio*, *de in rem verso*, *quod jussu* (83), E. a contribuire al pagamento dei debiti ereditarii, pei quali l'eredità o qualche oggetto di essa è obbligato come pegno, quando il creditore non voglia senza una compiuta soddisfazione rilasciare il suo dritto di pegno (84), come pure all'adempimento di quelle disposizioni di ultima volontà, e di quei pesi, che richiedono delle spese (85). Per contrario l'*actio familiae herciscundae* non si estende al pagamento di ciò, che un erede deve al defunto (86), come non si estende a ciò che un erede sostiene di possedere in buona fede *titulo singulari* (87). 4) Nella divisione del patrimonio il giudice A. deve esaminare se un erede per la volontà del defunto debba aver per sua porzione ereditaria certe determinate cose, il che nella successione testamentaria può in generale esser prescritto (88), e nella successione intestata, almeno nella prima classe, per mezzo di una *divisio parentis inter liberos* (89); B. dee por mente che gli schiavi ed

(79) L. 16. § 4. 5. L. 17. L. 25. § 16-18. L. 44. § 2. 5. 6. L. 45. § 1. D. *eod.* L. 3. L. 19. C. *eod.*

(80) L. 25. § 18. D. *eod.*

(81) L. 16. § 6. L. 25. § 16. 17. D. *eod.*

(82) L. 18. § 3. 6. 7. L. 25. § 13. 15. 19. L. 31. L. 39. pr. § 2. L. 44. § 7. 8. L. 49. D. *eod.* L. 18. § 1. C. *eod.*

(83) L. 18. § 5. L. 20. § 1. D. *eod.* L. 13. C. *eod.* Nell'*actio de peculio* ciò pare ingiusto, perchè il figliuolo per regola avrà ricevuto la valuta del debito, e la possederà nel suo peculio; ma ciò vien compensato dal dovere conferire il peculio V. § 359. n. I.

(84) L. 18. § 4. 6. L. 25. § 14. L. 44. § 7. D. *eod.*

(85) L. 18. § 2. D. *eod.*

(86) L. 51. § 1. D. *eod.*

(87) L. 25. § 7. 8. L. 44. § 3. L. 45. D. *eod.*

(88) L. 10. C. *eod.*

(89) L. 20. § 3. L. 32. L. 34. L. 39. § 1. 5. D. *eod.* L. 16. L. 21. L. 26. C. *eod.* L. 10. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38). L. 1. C. Th. *fam. herc.* (2. 24.) V. § 346.

i coloni formanti una famiglia non sieno separati (90); C. e che i *modus* ordinati dal defunto relativamente ad una cosa sieno adempiuti in quanto sono obbligatorii (91). 5) Da ultimo il risultamento di una divisione deesi pronunziare in una sentenza, che comprenda tutte le necessarie condanne ed aggiudicazioni (92), dalla quale si può eziandio appellare (93), ma che non altramente che tutte le altre sentenze può divenir giudicato per le parti (94), mentre i terzi non vi rimangono obbligati (95).

B. *Collazione* (*).

§. 359. Uno speciale rapporto di dritto può incontrarsi tra gli eredi, quando sono discendenti del defunto, essendochè questi in alcune circostanze hanno il debito di conferire nell'eredità il patrimonio che già posseggono *conferre*, pel qual conferimento la medesima se ne accresce di tanto (1). Questo conferimento nell'eredità appellasi collazione, e l'obbligo di conferire, dovere di collazione, la quale fu introdotta nel fine di ottenere il più che sia possibile l'eguaglianza dei discendenti che vengono insieme all'eredità, e di escludere una ingiusta preferenza di uno all'altro (2). Gli altri eredi diversi dai discendenti del defunto non hanno mai l'obbligo della collazione (3), ed anche i discendenti non lo hanno, se non quando divengono effettivamente eredi (4); e però chi di già ha conferito, e di poi non diviene erede, può ripetere ciò che ha conferito (5). Oltre a ciò prima di Giustiniano la collazio-

(90) L. 11. C. *comm. utriusque jud.* (3. 38.) L. 1. C. Th. *communi div.* (2. 25.)
(91) L. 5. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 18. § 2. D. *eod.*
(92) L. 27. L. 52. § 2. D. *eod.*
(93) L. 41. L. 43. D. *eod.*
(94) L. 36. L. 37. D. *eod.*
(95) L. 3. D. *eod.* L. 17. L. 23. C. *eod.*
(*) *Pfizer* sulla collazione dei discendenti. Stuttgart. 1807. 8.; *Unterholzner* diss. pertractans histor. doctrinae jur. Rom. de collationibus. Altorf 1809. 4.; *Petersen* de collatione bonorum Havniae 1825. 8.; *Francke* tratt. civ. n.4.; *Fein.* il dritto della collazione Heidelb. 1842. 8.
(1) L. 17. L. 19. C. *de collat.* (6. 20.)
(2) L. 1. pr. D. *eod.* (37. 7.) *Collat.* L. Mos. et Rom. XVI. 7.
(3) Non si oppone la L. 20. pr. C. *de collat.* (6. 20.). Di altra opinione è *Unterholzner* l. c. pag. 67. seg.
(4) L. 1. § 14. L. 2. § 5. L. 3. § 5. L. 10. D. *eod.* (37. 6.) L. 8. L. 9. D. *de dotis collat.* (37. 7.) L. 25. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 4. L. 10. C. *de collat.* (6. 20.)
(5) L. 13. D. *de condict. causa data* (12. 4.) L. 3. § 5. D. *de collat.* (37. 6.)

ne non avea luogo che nella successione intestata (6), essendo però indifferente se in generale non si fosse formato alcun testamento, o se invece il testamento si fosse posto da banda per la *bonorum possessio contra Tabulas* o per la *querela inofficiosi* (7); ma Giustiniano estese il dovere della collazione anche alla successione testamentaria, nel qual caso però ciò che si conferisce può tornare a vantaggio dei soli discendenti istituiti, non già degli altri eredi testamentarii (8). E dall'altro lato anche i soli discendenti hanno dritto alla collazione, e ciò del pari soltanto allorchè essi medesimi vengono alla successione (9), salvo allorchè il loro dritto ereditario passa per trasmissione in altre persone (10). Del rimanente il defunto può dispensare dalla collazione non solo nella successione testamentaria (11), ma anche in quella *abintestato* (12), nel che però siccome in ciò si contiene un'immutazione della legittima divisione ereditaria, si debbono osservare le forme della *divisio parentis inter liberos* prescritte da Giustiniano (13). Cessa ancora la collazione quando l'obbligato ha perduto senza sua colpa ciò che avrebbe dovuto conferire (14). Per verità prima che l'eredità sia stata accettata non si è tenuto a far la collazione (15); ma nondimeno in fino a che essa non sia seguita, quegli che v'è obbligato non può pretendere ad esser riguardato come coerede, e segnatamente non può come tale intentare un'azione (16), e se egli abbia di già in tutto o in parte ricevu-

(6) L. 1. L. 7. L. 9. C. *de collat.* (6. 20.) L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.) L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.) Nov. 18. c. 6.

(7) L. 17. C. *de collat.* (6. 20.) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(8) Nov. 18. c. 6. Anche in altri casi incontrasi che non si debbe conferire a tutt'i coeredi V. Nota 32. Soltanto potevasi dubitare pel *peculium profectitium*, imperocchè qui ha luogo piuttosto una collazione di fatto che di dritto, essendoche il *peculium* è già una porzione del patrimonio paterno L. 13. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(9) L. 1. § 2. L. 10. L. 12. D. *de collat.* (37. 6.). La clausola della L. 10. D. cit. che sembra opposta riguarda il caso che un *heres suus* non abbia veramente chiesto la *bonorum possessio*, ma nondimeno abbia fatto posteriormente valere il suo dritto ereditario secondo il dritto civile (V. § 303. Nota 26.), nel qual caso gli è assolutamente dovuta la collazione.

(10) L. 1. § 8. D. *eod.* Confr. § 368.

(11) Nov. 18. c. 6. Authent. *Ex testamento* C. *de collat.* (60. 20.)

(12) L. 39. § 1. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 16. L. 21. L. 26. C. *eod.* (3. 36.) L. 8. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(13) V. § 346.

(14) L. 1. § 23. L. 2. § 2. D. *de collat.* (37. 6.) L. 1. § 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.) Nov. 97. c. 6.

(15) L. 3. pr. D. *de collat.* (37. 6.)

(16) L. 1. § 10. L. 2. § 8. L. 3. pr. D. *eod.* L. 11. L. 12. L. 14. L. 16. C. *eod.*

to la sua porzione ereditaria, i coeredi possono coll' *actio familiae herciscundae* costringerlo alla collazione (17). Per ciò che riguarda la specie ed il modo della collazione, dipende dall'obbligato se voglia far imputare sulla sua quota le cose da conferire, o se, dovendo egli aver qualche cosa dalla massa o dai suoi coeredi, voglia portarla a conto di ciò, che dovrebbe conferire, o se voglia prestare gli stessi oggetti da conferirsi, o pure un equivalente. Ma se egli in un modo o in un altro immediatamente dopo l' adizione dell'eredità non possa adempire alla sua obbligazione, deve secondo l'Editto, mediante fidejussori o pegni prestare una sufficiente sicurtà per la collazione da farsi dopo subitochè questa si potrà effettuare, e se non possa neppure prestare alcuna cauzione, deve nominarsi un curatore, che amministri la sua quota, fino a che la collazione non segua (18). Del resto in tutt' i casi, in cui s' indugia a far la collazione, spettano ai coeredi gl' interessi ed i prodotti degli oggetti, che si debbono conferire (19). Per determinar poi ciò che si debba conferire son da distinguere più casi.

1.° La più antica collazione è quella del *peculium profectitium* da parte dei *sui heredes* nella successione del loro *paterfamilias*. Siccome questo peculio, al quale secondo il dritto antico apparteneva tutto ciò che il padre avea donato tra vivi ai figliuoli sotto la sua potestà, si ritiene come parte del patrimonio paterno, così i *sui*, i quali hanno ottenuto siffatto peculio debbono conferirlo, se esista tuttora o se per loro colpa siasi perduto (20), mentre il loro proprio patrimonio rimane ad essi senza alcuna restrizione ; tali sono i dritti strettamente personali (21), il peculio castrense e quasi castrense (22), ed il così detto *peculium adventitium* (23), come pure ciò che il padre donò loro per causa di morte (24), al che ora vengono assimigliate eziandio le dona-

(17) L. 1. pr. D. *de dotis collat.* (37. 6.) L. 8. C. *de collat.* (6. 20.)

(18) L. 1. § 9-13. L. 2. § 9. L. 3. pr. L. 5. § 1-3. D. *de collat.* (37. 6) L. 20. pr. L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.); Ulp. XXVIII. 4.; Paul. S. R. V. 9. § 4.

(19) L. 5. § 1. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 9. C. *fam. herc.* (3. 36)

(20) Fragm. Vat. § 294-296. L. 13. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 12. L. 13. C. *de collat.* (6. 20.)

(21) L. 3. § 7. D. *de minor.* (4. 4.) L. 52. § 8. D. *pro socio* (17. 2.) L. 17. C. *de usufructu* (3. 33.)

(22) L. 1. § 15. D. *de collat.* (37. 6.) L. 54. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 4. C. *fam. herc.* (3. 36)

(23) L. 21. C. *de collat.* (6. 20.)

(24) L. 13. C. *eod.* Soltanto la clausola finale di questo passo parla di donazioni tra vivi, ma il principio, di una donazione a causa di morte. Sulle altre idee veggasi *Fein* l. c. p. 126. seg.

zioni tra vivi fatte dal padre, e non rivocate, giacchè queste, secondo, una disposizione di Rescritti Imperiali spesse volte ripetuta, e spesse volte messa da banda, ma infine confermata da Giustiniano, prendono vigore per la morte del padre, e valgono come vere donazioni (25), quindi da quest'epoca in poi non si possono più annoverare nel *peculium profectitium* (26).

2.° Dopo questa segue in ordine di tempo la collazione dei figliuoli emancipati, ai quali l' Editto del Pretore, dopo che gli ebbe chiamati alla successione insieme coi *sui*, per conservare l'eguaglianza, impose l'obbligo che, se volessero ereditare coi *sui*, dovesser conferire nella eredità tutto il loro patrimonio, sia che fosse stato loro donato dal padre, sia che lo avessero in altra guisa acquistato (27). Questo dipende da ciò, che al tempo della riforma pretoria del dritto di successione tutti gli acquisti dei *sui* si trovavano tuttavia nella eredità paterna, cosicchè, senza il conferimento di ciò che i figliuoli emancipati avessero acquistato per se, i *sui* per la concorrenza di costoro ne avrebbero riportato danno (28), e sopra ciò fuvvi un duplice Editto, uno per l' ordinaria successione intestata, e l' altro per la *bonorum possessio contra Tabulas* (29). I figliuoli emancipati non conferiscono fra loro (30), ma si fa la collazione solo a benefizio dei *sui*; il perchè quando più figliuoli emancipati ereditano insieme coi *sui*, ciascuno di essi non conferisce più che se egli avesse a coeredi solamente i *sui* (31), e se un emancipato concorre coi suoi proprii figliuoli rimasti sotto la potestà del de-

(25) L. 18. pr. C. *fam. herc.* (3. 36.) L. 2. C. Greg. *eod.* (3. 4.) L. 25. C. *de don. inter. V. et U.* (5. 16.). V. § 267. Nota 56. Quando si osservi che originariamente tutto ciò che il padre dava gratuitamente ai suoi figliuoli diveniva *peculium profectitium*, e che per contrario più tardi, sebbene dopo un lungo dubitare venne la teoria, che quando il padre in siffatto dare avesse dichiarato di voler donare, questo soltanto durante la vita del padre si dovea riguardare come un peculio rivocabile, ma dopo la morte del medesimo dovea ritenersi come un patrimonio proprio dei figliuoli, svanisce in fatto la difficoltà che su questo proposito si è creduto di trovare nelle fonti.

(26) Qui è indifferente che queste donazioni così tra vivi come a causa di morte possano per qualche altra ragione esser soggette alla collazione, siccome sotto il n. 4° si farà chiaro; qui importa soltanto che esse non appartengano al *peculium profectitium* che si dee sempre conferire.

(27) L. 1. pr. § 21. 22. L. 2. pr. § 3. L. 8. D. *de coll.* (36. 7.) L. 11. L. 18. C. *eod.* (6. 20. L. 11. C. *de legit. hered.* (6. 58.) L. 25. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(28) L. 1. pr. D. *de collat.* (37. 6.) L. L. Mos. et Rom. XVI. 7.

(29) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.)

(30) L. 1. § 24. D. *de collat.* (37. 6.) L. 9. C. *eod.* (6. 20.)

(31) L. 2. § 5. 7. 8. L. 3. § 2. 3. D. *eod.*

funto, allora conferisce soltanto a costoro ma non già agli altri *sui* (32). Egualmente che gli emancipati medesimi anche i loro figliuoli generati dopo l'emancipazione debbono conferire il loro patrimonio, quando per la concessione di una *bonorum possessio decretalis* sono ammessi coi *sui* alla successione dell'Avo (33). Il medesimo, secondo un Rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, ha pur luogo nel caso inverso, quando i figliuoli di un emancipato rimasti nella potestà dell'Avo succedono all' emancipato insieme coi *sui* del medesimo posteriormente nati, nel qual caso l'Avo dee conferire il loro acquisto (34). Nella *bonorum possessio contra Tabulas* può incontrarsi anche un altro caso di una siffatta collazione da parto di un terzo, giacchè quando i figliuoli, che un altro abbia adottati, sono istituiti nel testamento rescisso del loro padre naturale, possono prender parte alla *b. p. c. t.* (35), ma allora il loro padre adottivo deve anche conferire tutto il loro acquisto (36). Per contrario nella *b. p. c. t.* incontrasi anche la restrizione, che i *sui*, i quali nel testamento paterno rescisso furono istituiti in una parte minore della loro porzione intestata, non hanno alcun dritto alla collazione, e gli emancipati che in quel testamento furono onorati, per lo meno non son tenuti a conferire se non tanto, che basti a far sì che essi nel tutto conseguano quel che avrebbero dovuto avere secondo il testamento (37). Questa collazione non meno che quella dei *sui* non si estende al patrimonio acquistato dopo la morte del defunto (38), nè ai dritti patrimoniali strettamente personali (39), nè a quei tali acquisti, che senza l'emancipazione avrebbero formato un peculio castrense (40); oltre a ciò si dee dedurre l'ammontare dei debiti e della dote della moglie di un emancipato (41).

(32) L. 1. § 3. L. 3. § 6. L. 9. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 1. § 13-18. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8). Ciò venne meno per la Nov. 118. V. § 342. Nota 15.

(33) L. 2. pr. § 6. 7. D. *de collat.* (37. 6) L. 4. D. *de conj. cum emanc. lib.* (37. 8.) V. sopra § 338.

(34) L. 5. pr. D. *de collat.* (37. 6.)

(35) V. § 348. Nota 9.

(36) L. 1. § 14. D. *eod.* L. 2. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(37) L. 20. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 1. § 3-7. D. *de collat.* (37. 6.) L. 3. L. 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(38) L. 6. L. 15. C. *de collat.* (6. 20.) L. 1. § 18. 19. L. 11. D. *eod.* (37. 7.). Non si oppone L. 1. § 17. D. *eod.*, in cui s'intende parlare soltanto del patrimonio ricuperato *jure postliminii*, e per conseguenza del patrimonio già prima esistente.

(39) L. 1. § 21. L. 2. § 4. D. *eod.* L. 52. § 8. D. *pro socio* (17. 2.)

(40) L. 54. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1. § 15. D. *de coll.* (37. 6.) Paul. S. R. V. 9. § 4.

(41) L. 1. § 20. L. 2. § 1-4. L. 3. § 4. D. *de collat.* (37. 6.) L. 6. C. *eod.* (6. 20.

Dopo che Giustiniano ebbe attribuito ai figlinoli sotto la patria potestà ogni loro acquisto non proveniente dal padre (42), ed ebbe stabilito che simigliantemente al peculio castrense non fossero tenuti a conferire questo patrimonio (43), non vi sarebbe stata propriamente più ragione di richiedere dai figliuoli emancipati la collazione del loro patrimonio nella concorrenza coi *sui*. Nondimeno questa conseguenza non fu osservata da Giustiniano, e però la collazione degli emancipati rimane tuttora come un avanzo non più opportuno dell'antica equità (44). Ora soltanto le donazioni fatte dal padre ai figliuoli emancipati cadono sotto altra regola (45).

3.° Forma una speciale ampliaziono delle due predette cause di collazione la *collatio dotis* anche introdotta nell'Editto del Pretore (46), la cui particolarità consiste in ciò, che le figliuole nella successione del loro padre debbono conferire la dote costituita o promessa dal defunto o da un terzo, e per conseguenza tanto la *dos adventitia*, quanto la *dos profectitia*, sebbene la dote non sia nè un peculio profettizio, nè un proprio patrimonio delle medesime (47); e in ciò in generale si applicano i principii sulla collazione dei figliuoli emancipati (48). Dopochè Valentiniano II. ebbe disposto che i nipoti da parte di una figliuola morta succedendo agli avi concorressero coi fratelli e colle sorelle della loro madre, e conseguissero due terzi della porzione ereditaria della madre (49), Arcadio vi aggiunse che essi dovessero anche conferire la dote della loro madre (50), il che però non ha più importanza, essendochè Giustiniano stabilì sul proposito una regola molto più estesa (51).

4.° Dalla collazione della dote e dall' usanza venuta in voga che i defunti spesso ordinavano una più ampia collazione si svolse finalmente un nuovo dovere di collazione che può incontrarsi nella successione di ogni ascendente, questo dovere però non è fondato che sulle costi-

(42) V. § 94. Nota 29.
(43) L. 21. C. *eod.* V. Nota 23.
(44) Sulle diverse opinioni veggasi *Fein* l. c.p 138. seg.
(45) V. Nota 57. e 58.
(46) L. 1. pr. D. *de dotis coll.* (37. 7.)
(47) L. 1. pr. § 1. 2. 7. L. 3. L. 5-9. D. *eod.* L. 2-5. L. 8. L. 12. L. 14. L. 16. C. *de collat.* (6. 20.) L. un. C. Th. *unde lib.* (4. 2.). Non si oppone L. 35. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(48) L. 1. § 2-6. L. 3. D. *de dot. coll.* (37. 7.) L. 20. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)
(49) L. 4. C. Th. *de leg. her.* (5. 1.) L. 9. C. *de suis* (6. 55.) V. § 340. Nota 6. e 7.
(50) L. 5. C. Th. *de leg. her.* (5. 1.)
(51) L. 19. C. *de collat.* (6. 20.) V. Nota 53.

tuzioni degli ultimi tempi. In fatti l'Imperadore Leone dispose che o-gni discendente, il quale erediti insieme con altri discendenti, debba conferire la dote o la *donatio propter nuptias* ricevuta dal defunto (52), e Giusliniano estese ciò per due lati. Da prima egli si contentò di disporre che i nipoti e pronipoti dovessero conferire non solo la *dos* o *donatio propter nuptias* data dal defunto ad essi medesimi, ma anche quella data ai più prossimi discendenti dai quali traevano origine (53). Ma di poi stabilì la regola che un discendente il quale veniva all'eredità, dovesse conferire quelle cose ricevute dal defunto, che egli avrebbe dovuto imputare nella sua legittima, ed in ispezialtà che tutti gli impieghi venali procurati, *militiae*, si dovessero agguagliare alla dote o *donatio propter nuptias* (54). Secondo queste nuove regole ed alcune speciali prescrizioni di Giustiniano, che con esse stanno in relazione, la cosa va a questo modo: 1) tutte le doti, donazioni *propter nuptias*, e gl'impieghi venali, che il defunlo ha dati ad un discendente che eredita, o ad un più prossimo discendente morto, da cui quegli trae origine, debbonsi assolutamente conferire, perchè sempre si debbono imputare nella legittima (55); ed in quanto alla dote la collazione non cessa per la circostanza che essa a cagione dell'insolvibililà del marito siasi perduta per la discendente obbligata a conferirla, salvo se costei fosse rimasta sotto la potestà paterna, e dal padre fosse stata impedita di farsi consegnare a tempo la dote per amministrarla (56). 2) Le donazioni ed i legati per contrario regolarmente non debbono esser conferili, se non quando il defunto espressamente abbia ordinato che si dovessero imputare nella legittima, o, ciò che torna lo stesso, che si dovessero conferire (57). Non però di meno per le donazioni tra vivi havvi anche un'eccezione quando altri discendenti non hanno ottenuto alcuna donazione, ma sibbene una semplice dote o una semplice dona-

(52) L. 18. C. *eod.*

(53) L. 19. C. *eod.*

(54) L. 20. pr. C. *eod.* V. sopra § 349. Nota 17. La L. 12. C. *commun. utriusque jud.* (3. 38.), la quale pare che modifichi la predetta regola, non riguarda la collazione, ma solamente rimuove certi oggetti dalla divisione nella successione testamentaria V. § 358. Nota 76.

(55) L. 19. L. 20. pr. C. *eod.* Confr. con L. 29. L. 30. § 2. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(56) Nov. 97. § 6. Confr. con L. 29. C. *de jure dot.* (5. 12.). Nell'antica *dotis collatio* si era meno rigoroso L. 1. § 6. D. *de dotis collat.* (37. 7.)

(57) L. 20. pr. C. *de collat.* (6. 20.) Confr. con § 3. 6. J. *de inoff. test.* (2. 18.) L. 8 § 6. L. 25. pr. D, *eod.* (5. 2.) L. 33. pr. L. 35. § 2. L. 36. pr. C. *eod.* (3. 28.) L. 13. C. *de collat.* (6. 20.) Nov. 18. c. 1.

zione *propter nuptias*, che mettono in collazione, mentre il donatario non ha altro a conferire (58). 3) Del pari tutto ciò che il defunto hà speso ed impiegato per un discendente, per sè stesso non va soggetto alla collazione. Per certo anche qui il defunto può disporre il contrario, quando egli ordinando la collaziono o l'imputazione nella legittima, o in altra guisa faccia intendere che lo speso debba ritenersi come un'anticipazione sulla futura quota ereditaria (59); intanto una tale disposizione naturalmente non si può ammettere per gli alimenti dovuti (60), ed in quanto alle spese che possono riguardarsi come adempimento di un dovere di affezione, deve per lo meno essersi dichiarato, che non s'intenda d'adempir questo dovere, ma sibbene di fare un'anticipazione, e questa dichiarazione non può farsi che immediatamente (61), il che segnatamente si applica anche alle somministrazioni per sostenero le spese di un impiego (62). Oltre a quosti oggetti della collaziono, che qui abbiamo enumerati, non ve ne sono altri; ma l'antica *dotis collatio* nella successione del padre, la quale comprende eziandio la *dos adventitia* della figliuola non è stata pel nuovo sistema di collazione messa da banda, più che la collazione del patrimonio dei figliuoli emancipati, ed il *peculium profectitium* (63).

3) *Alienazione dell'eredità.*

§ 360. Non altrimenti che le singole cose ereditate, anche le intere eredità o quote ereditarie possono dagli eredi esser vendute, donate, o in altra guisa alienate.

1.° Ora se alcuno aliena un'eredità o una quota ereditaria come una eredità, o quota ereditaria a lui già deferita, 1°) ma l'eredità non esiste, allora l'alienazione è interamente nulla (1); non per tanto l'altro contraente, se per effetto del negozio abbia già prestato qualche co-

(58) L. 20. § 1. C. *de collat.* (6. 20.)

(59) L. 50 D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. C. *de negot. gest.* (2. 19.)

(60) L. 5. pr. § 1. 6. 7. L. 8. D. *de agnosc. et al. lib.* (25. 3.) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 2. C. *de infant. expos.* (8. 52.)

(61) L. 30. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 11. C. *de negot. gest.* (2. 19) L. 17. C. *de postlim.* (8. 51.)

(62) L. 1. § 16. D. *de collat.* (37. 6.) L. 3. § 17. D. *de muner.* (50. 4.) L. un. C. *de peric. success. parent.* (10. 61.)

(63) Qui, come s'intende da se, si parla soltanto del drillo di Giustiniano, non già della pratica, la quale non riconosce più una collazione della *dos adventitia.*

(1) L. 1. L. 7. D. *de her. vend.* (18. 4.)

sa, o patito qualche danno, può chiedere la riparazione del danno (2), ed in caso di dolo da parte dell'alienante anche il ristoro di tutto l'interesse che avea perchè la convenzione si fosse eseguita (3). 2) Se per contrario l'eredità realmente esiste, l'alienazione per certo è sempre efficace ed obbligatoria, anche quando l'eredità non debba appartenere all'alienante (4); ma A. se l' alienante sia il vero erede, egli rimane tale anche non ostante l'alienazione (5), senza por mente se questa sia intervenuta prima o dopo dell'adizione, giacchè nell'alienazione medesima si contiene una *pro herede gestio*, la quale autorizza gli altri a considerare l'eredità come accettata (6); salvo se l'alienante avesse espressamente protestato di non voler accettare per sè, il che certamente escluderebbe la presunzione di una *pro herede gestio* (7), ma non importerebbe alcun' accettazione a vantaggio di un altro, essendochè un' accettazione limitata, per la quale l'erede non si voglia obbligar come tale, non val nulla (8); e però l'alienante potrebbe ancora accettare senza condizione o rinunciare, ed in quest' ultimo caso dovrebbe rendere indenne il compratore per l'impossibilità di adempiere la convenzione, che per sua colpa ne risulterebbe (9). L'alienante come quegli che continua ad esser erede è sempre obbligato verso coloro, che debbano aver qualche cosa dall'eredità (10), e dall'altro lato può tuttavia validamente alienare le cose ereditarie, finchè non sieno consegnate (11), ed intentare fino alla cessione eseguita tutte le azioni competenti ad un erede, e riscuotere i crediti ereditarii (12). Nondimeno per l'alienazione cessa (13) la confusione dei dritti e delle obbligazio-

(2) L. 7-9. D. *eod.*
(3) L. 12. D. *eod.*
(4) L. 13. D. *eod.* L. 1. C. *de evict.* (8. 45.)
(5) L. 4. § 3. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.) L. 43. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 88. D. *de hered. inst.* (28. 5.) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.)
(6) § 7. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 2. § 18. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(7) *Averranii* interpetr. I. c. 12.; n· 13-16. L. 20. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 14. § 8. D. *de relig.* (11. 7.)
(8) L. 51. § 1. 2. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)
(9) L. 2. § 5. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(10) L. 2. C. *eod.* (4. 39.) L. 2. C. *de legat.* (6. 37.) L. 13. § 4. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(11) L. 6. C. *de hered. vend.* (4. 39.)
(12) L. 16. pr. D. *de pact.* (2. 14.) L. 21. D. *de her. vend.* (18. 4.)
(13) L. 2. § 18-20. L. 20. D. *eod.* L. 9. D. *commun. praed.* (8. 4.) L. 45. D. *de cond. ind.* (12. 6.)

ni, che altrimenti segue per la successione (14); ed ancora può l'acquirente della successione, senza una precedente cessione convenire i debitori ereditarii, ed in generale valersi di tutte le azioni, che competono all'erede (15), e se un creditore ereditario siasi una volta diretto contro l'acquirente, e questi siasi difeso sul debito, l'erede per rispetto a questo debito vien liberato (16). Per ciò che riguarda le reciproche obbligazioni risultanti dall'alienazione, il cui adempimento i contraenti presso i Romani solevano promettere per mezzo delle così dette *stipulationes partis et pro parte* (17), l'alienante a) è tenuto a conseguare tutto ciò che appartiene all'eredità, e che non è stato eccettuato dall'alienazione (18), tanto se di già si fosse trovato nell'eredità al tempo dell'alienazione, quanto se vi fosse sopraggiunto di poi (19); e quindi a fare la tradizione delle cose (20), a cedere i crediti e le azioni (21), e quì non è neppure in sua libertà di dare in vece il prezzo o altro simile equivalente (22). Egli nondimeno può ritenere il guadagno che accidentalmente abbia fatto per occasione della successione, come un *indebitum* pagatogli, o una pena privata conseguita per le ingiurie patite (23). Lo stesso è per le porzioni ereditarie degli altri eredi, che a lui son ricadute, non solo quando le abbia conseguite per una ragione indipendente dal suo proprio dritto ereditario, mediante sostituzione o trasmissione, ma anche quando le abbia ottenute in forza del dritto di accrescimento (24). Ed il medesimo è pure pei legati pagatigli dai coere-

(14) V. Intorno a ciò il § 357.

(15) L. 16. D. *de pact.* (2. 14.) L. 54. pr. D. *de hered. pet.* (5. 3.) L. 5. C. *de her. vend* (4. 39.) Confr. anche L. 13. § 1. D. *de cptione legata* (33. 5.)

(16) L. 2. C. *de pact.* (2. 3.) L. 2. C. *de her. vend.* (4. 39.)

(17) Caj. II. § 252.; § 6. J. *de fideic. hered.* (2. 23.) L. 2. pr. L. 18. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(18) L. 2. § 12-14. L. 25. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(19) L. 2. § 1. 3. 4. D. *eod.*

(20) L. 14. § 1. D. *eod.* L. 4. L. 6. C. *eod.*

(21) L. 2. § 3. 8. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(22) L. 97. D. *de V. S.* (50 16.) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.)

(23) L. 2. § 7. L. 21. in fine D. *de her. vend.* (18. 4.)

(24) Non si oppongono L. 2. § 4. D. *eod.* L. 53. § 1. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 9. D. *de suis et legit.* (38. 16.). Riguardo al dritto di accrescimento la cosa è in vero assai controversa V. *Gluck* Spieg. sistem. delle Pand. § 1014. ; *Bossberger* jus accrescendi. Lipsia 1827. p. 201. seg.; *Klupfel* nell' Arch. per la prat. civ. vol. III. n. 11. Ma per l'opinione di coloro che rigettano la pretensione del compratore alla parte che si accresce, è decisivo, che sebbene l'alienazione di un'eredità o di una quota ereditaria dia luogo ad una specie di successione universale, essa nondimeno non vale come alienazione del dritto ereditario (Nota 6.), e per conseguenza si riferisce soltanto alla massa

di (25), e per la successione di un pupillo ricadutagli nella qualità di sostituito pupillare, se egli come erede del padre abbia alienato soltanto l'eredità paterna (26). Ma deve assolutamente consegnare, come parte costitutiva della sua quota ereditaria, ciò che egli dovea pagare a se medesimo come prelegato (27). E non è b) meno tenuto a ristorare i danni, quando per sua colpa manchi o sia stata danneggiata qualche cosa dell' eredità (28), e quindi a bonificare eziandio ciò che abbia alienato, dato via, o consumato, in quanto ciò non sia compensato dal prezzo forse ricevuto, il quale si appartiene al compratore (29). Nondimeno ciò vale senza restrizione solo per rispetto alla diminuzione della eredità provenuta per colpa dopo l' alienazione, imperocchè nel dubbio l' alienazione si estende soltanto allo stato della massa esistente al tempo dell'alienazione, e non già a quello che esisteva al tempo della morte del defunto (30). Ma l'alienante non è punto tenuto pel *casus*, ed in generale per la perdita, che non gli è imputabile a colpa (31), neppure per l' evizione delle singole cose (32), o per vizii occulti e mancanze delle cose ereditarie (33), e tanto meno è tenuto a garentire che l'eredità sia vantaggiosa, quando egli non abbia assicurato un determinato valore della medesima (34). Per contrario l'acquirente dell'eredità è tenuto a) quando abbia promesso di dare in cambio qualche cosa, ad eseguir la promessa, pel quale oggetto l'eredità è per legge obbligata come in pegno all' alienante (35), b) a lasciar prelevare o a rimborsare ciò che per cagione dell'eredità è stato pagato o speso dall' a-

ereditaria, e se l'alienazione è di una quota, soltanto a quella porzione della massa, che in essa si comprende. Se in caso di aumento della massa il compratore anche ne partecipa *pro rata* (Nota 19.), questo non è in contradizione con ciò che diciamo; imperocchè per l' aumento della massa non viene alterato il rapporto delle quote, ma soltanto se ne accresce l' ammontare, il che avviene per ogni quota; ma al contrario quando si attribuisce al compratore la porsione che si accresce, egli riceve una quota della massa totalmente diversa da quella che gli è stata venduta. Confr. anche la Nota 30.

(25) L. 24. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 91. D. *ad. leg. Falc.* (35. 1.)

(26) L. 2. § 2. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(27) L. 1. § 6. D. *quod legator.* (43. 3.) L. 86. L. 91. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 34. § 11. L. 104. § 3. 4. L. 116. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(28) L. 50. § 1. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 2. pr. § 5. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(29) L. 2. § 3. 4. 6. 10. L. 21. D. *eod.* L. 6. C. *eod.*

(30) L. 2. § 1. D. *eod.*

(31) L. 2. § 5. 9. L. 3. L. 21. D. *eod.*

(32) L. 5. D. *de evict.* (21. 2.) L. 1. C. *eod.* (8. 45.).

(33) L. 33. pr. L. 34. pr. D. *de aedil. ed.* (21. 1.)

(34) L. 2. § 9. L. 14. § 1. L. 15. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(35) L. 8. L. 22. D. *eod.*

lienante (36), e c) a liberar costui dalle obbligazioni, che come possessore dell'eredità abbia dovuto assumere, ovvero farnelo indenne (37). B. I medesimi principii valgono eziandio quando l' alienante non è un proprio erede, ma per qualche altra cagione è un successore universale per rapporto all'eredità (38), colla sola eccezione, che quando il Fisco aliena un'eredità a lui deferita, i debiti passano incontanente nell'acquirente (39), e C. le obbligazioni indicate han luogo anche quando si trovi che l'eredità non appartenga all' alienante, nel qual caso costui è tenuto inoltre a prestar l'evizione, se l'eredità sia realmente evinta (40).

2.° Se alcuno aliena anticipatamente l' eredità di un morto che non gli è deferita, pel caso che la successione ricada a lui, allora, nella presupposizione che egli non abbia saputo con certezza che la successione non gli potea appartenere (nel qual caso potrebbe esser convenuto pei danni a cagione del dolo) (41), la convenzione è da riguardarsi come condizionale, e però la medesima non produce i sopradetti effetti, se non quando la successione effettivamente vien deferita all' alienante, altrimenti si estingue (42), salvo se il negozio si fosse determinatamente conchiuso come *emptio spei*, il che in ogni caso obbliga il compratore al pagamento, anche quando la condizione non viene ad effettuarsi (43).

3.° Nella stessa guisa è da regolarsi quando l'alienazione non riguarda alcuna determinata eredità, ma si fa in termini generali pel caso che qualche eredità sia già deferita o si debba in seguito deferire all' alienante, imperocchè anche questa convenzione, la quale per altro è perfettamente permessa (44), si può concepire o come una semplice convenzione condizionale, o come una *emptio spei*.

4.° Ma finalmente se alcuno voglia anticipatamente alienare l'eredità di una persona vivente, a cui egli ha la speranza di succedere, ciò non è valido se non quando quegli, della cui eredità si tratta, abbia prestato il suo consenso, e questo consenso fino alla sua morte può sempre

(36) L. 2. § 9. 11-17. 20. L. 18. D. *eod.* L. 2. C. *eod.* L. 2. C. *de legatis.* (6. 37.)

(37) L. 2. § 14. 20. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)

(38) L. 16. D. *de her. vend.* (18. 4.) L. 13. § 9. D. *de her. pet.* (5. 3.). Non si oppone L. 59. § 1. D. *de jure dot.* (23. 3.)

(39) L. 41. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 1. C. *de her. vend.* (4. 39.)

(40) L. 8. L. 13. D. *eod.* L. 13. § 8. D. *de her. pet.* (5. 3.)

(41) L. 12. D. *de her. vend.* (18. 4.)

(42) L. 10. L. 13. D. *eod.*

(43) L. 11. D. *eod.*

(44) L. 3. § 2. D. *pro socio* (17. 2.). Nelle così dette rendite vitalizie non è rara un' alienazione indeterminata di questa specie.

esser rivocato (45); che se non si curi di richieder questo consenso si perde in pena il dritto ereditario (46). Speciali effetti avean luogo nei tempi antichi, quando colui che alienava l'eredità o la sua quota ereditaria, intraprendeva una *in jure cessio*, il che un erede intestato poteva fare così prima come dopo l'adizione, ma non prima della delazione, ed un erede testamentario non potea fare che dopo l'adizione. Allorchè questa cessione erasi validamente fatta prima dell'adizione, trasferiva pienamente nell'acquirente il dritto ereditario dell'erede con tutti gli effetti, mentre al contrario quando facevasi dopo l'adizione si trasferivano soltanto le cose ereditarie, ma i debiti rimanevano presso l'erede, ed i crediti si estinguevano in tutto, cosicchè i debitori rimanevano liberati. Se poi anche gli eredi che acquistavano l'eredità *ipso jure* potessero fare una siffatta cessione era tra i Sabiniani e i Proculiani grandemente controverso (47). Ma nei tempi posteriori insieme con la *in jure cessio* scomparve eziandio quest'applicazione della medesima.

III. Acquisto provvisorio di un eredità:

1) *Bonorum possessio ventris nomine*

§ 361. Come si è già osservato, ci ha molti casi, ne' quali la *bonorum possessio* può provvisoriamente esser conceduta (1). Un caso principale di questa specie è quando vien deferita l'eredità ad un figlio non ancora nato, nel qual caso la madre secondo le circostanze è autorizzata dall'Editto di chiedere a nome del figlio che ha in seno *ventris nomine* l'immissione nel possesso dell'eredità o della quota ereditaria che gli spetta. Un siffatto dritto 1) ha senza alcuna restrizione ogni vedova o moglie divorziata incinta, il cui figliuolo sia un *suus heres* del defunto; tanto se ella sia stata la moglie del defunto medesimo, o di un figliuolo di lui, quanto se abbia luogo la successione intestata, o la testamentaria (2): 2) per eccezione poi anche la madre di un *posthumus alienus* istituito erede può ottenere l'immissione, se è povera ed ha bisogno di soccorso (3). Per contrario le madri di eredi intestati che si

(45) L. 30. C. *de pactis* (2. 3.)

(46) L. 29. § 2. L. 30. D. *de donat.* (39. 5.) L. 2. § 3. D. *de his quae ut indignis* (34. 9.). Secondo i principii attuali su i patti successorii, questa pena per verità non dee aver luogo, ed in generale il consenso del testatore non è necessario. *Gluck* l. c. § 1013. p. 314.

(47) Caj. II. 34-37. III. 85-87.; Ulp. XIX. 11-15.; Plin. Epist. V. 1.

(1) V. § 303. Nota 18.

(2) L. 1. pr. § 1-13. 16. L. 7. L. 10. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.)

(3) L. 6. D. *eod.*

sperano, ma che non sono *sui* del defunto, non hanno alcun dritto all'immissione (4), e tanto meno le madri di quei tali *sui* sperati che anticipatamente sieno stati in modo valido e senza alcuna condizione diseredati (5). Non si prende in considerazione che la donna incinta la quale chiede la *missio ventris nomine* sia stata punita d'adulterio, e per questo sia impugnata la legittimità del figliuolo (6); ma il giudice dee assolutamente accertarsi mediante una *causae cognitio* se ella sia effettivamente incinta, e sia la moglie per la quale si spaccia (7); soltanto, secondo la disposizione di Adriano, nel dubbio dee sempre decidersi a favore di lei (8). L'immissione dura fino alla nascita del figliuolo, o finchè sia provato che l'immessa non sia incinta (9), e durante questo tempo dall'eredità se le somministrano gli alimenti, che ella non è neppur tenuta a rimborsare, quando in buona fede abbia errato sulla sua gravidanza (10). Intanto l'amministrazione del patrimonio non appartiene a lei, e neppure al *curator ventris*, che ella è tenuta di far nominare sotto pena di perdere il suo dritto di ereditare una volta dal figliuolo che spera (11), e che dee invigilare all'interesse del fanciullo; ma piuttosto l'amministrazione secondo l'Editto dee affidarsi ad uno speciale *curator bonorum*, che per tale oggetto si deve nominare, ovvero ai creditori ereditarii, il che nondimeno presso i Romani non era strettamente osservato, giacchè quando i creditori non si opponevano, l'amministrazione si lasciava al *curator ventris*, ed anche alla medesima immessa (12). Se l'immissione siasi procurata con dolo, quando non si avea alcun dritto di chiederla, agli eredi ed in generale a tutti coloro che ne avean patito danno; competeva un'azione pretoria annuale pel ristoro del loro interesse (13), e sulla imputazione del dolo poteva all'immessa deferirsi il giuramento (14). Parimente avea luogo un'azione pretoria pel risarcimento del danno, quando l'immessa ma-

(4) L. 7. § 1. D. *eod.*
(5) L. 1. § 2. 3. 5. 9. D. *eod.*
(6) L. 1. § 15. L. 7. § 1. L. 8. D. *eod.*
(7) L. 1. § 14. L. 7. § 1. D. *eod.*
(8) L. 3, § 3. D. *ne vis fiat ei qui in poss. miss. est* (43. 4.)
(9) L. 1. § 27. L. 2. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.)
(10) L. 1. § 19. 20. L. 3-6. L. 9. D. *eod.*
(11) L. 2. § 30. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.)
(12) L. 1. § 17-26. L. 5. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. 48. D. *de admin. et peric. tut.* (26. 7.)
(13) L. 1. § 28. D. *de ventre in poss. mitt.* (37. 9.) L. un. § 2-12. D. *si mulier ventris nom. in poss. calumniae causa esse dic.* (25. 6.)
(14) L. un. pr. § 1. D. *eod.*

liziosamente avea trasferito il possesso ad un altro, e questa non si prescriveva già in un anno (15). Amendue le azioni, quando l'immessa stava tuttavia sotto la patria potestà, ed il padre avea partecipato al dolo, ovverò ne avea tratta utilità, poteano elettivamente intentarsi anche contro costui (16). Del rimanente per impedire la supposizione di figliuoli non veri, le vedove gravide erano per lo Editto obbligate di dar notizia della loro gravidanza almeno trenta giorni prima del parto a coloro che come coeredi o come eredi successivamente chiamati alla successione aveano interesse che non nascesse alcun figliuolo. Ma quest'obbligo avea luogo anche quando la vedova non avesse dimandato o potuto domandare l'immissione in possesso; e quindi non stava in una necessaria connessione con la *missio ventris nomine* (17).

2) *Bonorum possessio ex Carboniano Edicto.*

§ 362. Se ad un impubere, che come discendente di un morto è chiamato alla successione, si contrasti che egli discenda dal defunto, secondo l'Editto di un Pretore Carbone egli può domandare che la contesa sia differita fino alla sua pubertà, ed intanto gli sia conceduto il possesso dell'eredità o della sua quota ereditaria (1), purchè fra il termine di un anno dopo elevata la contestazione ne faccia la domanda, e non abbia trascurato di chiedere a tempo debito l'ordinaria *bonorum possessio* (2). L' Editto Carboniano per verità riguardava soltanto la successione intestata; ma per le costituzioni fu esteso eziandio ai discendenti istituiti per testamento, quando fossero stati espressamente istituiti come tali (3). Intanto il giudice dee sempre imprendere una *causae cognitio*, per vedere se il punto in quistione anche in qualche modo sembri dubbioso; imperocchè quando egli trova chiara la ragione o il torto della contestazione, può anche immediatamente procedere alla decisione (4). Se all'impubere sia stato conceduto il possesso, gli son dovuti anche gli alimenti dalla eredità, ed egli ottiene il dritto di richie-

(15) L. 1. L. 2. D. *si ventris nom. muliere in poss. missa, eadem posses. dolo malo ad alium translata esse dic.* (25. 5.)

(16) L. 1. § 5. L. 2. § 1. D. *eod.* L. un. § 12. D. *si mul. ventr. nom.* (25. 6.)

(17) L. 1. § 10-15. L. 2-4. D. *de inspic. ventre* (25. 4.)

(1) L. 1. pr. § 2-8. L. 2. L. 3. pr. § 9. 12. L. 6. L. 7. pr. § 1. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.) L. 1. L. 2. C. *eod.* (6. 17.)

(2) L. 3. § 14-16. D. *eod.*

(3) L. 3. pr. § 2. L. 1. § 9. 10. L. 11. D. *eod.*

(4) L. 1. § 9. 11. L. 2. L. 3. § 3-5. L. 7. § 3. D. *eod.*

dere tutto ciò che appartiene all'eredità, anche ciò che i coeredi debbono conferire (5). Non per tanto egli non ha dritto all' amministrazione, se non quando presti agli avversarii una cauzione per tutt' i danni, altrimenti dee per tale oggetto nominarsi un *curator bonorum*, ovvero affidarsi l'amministrazione agli avversari, se costoro offrono la necessaria sicurtà (6), ma ciò non dà loro alcun dritto di richiedere del pari gli alimenti (7). Il possesso in forza dell'Editto Carboniano naturalmente finisce col sopraggiungere della pubertà; soltanto, quando sieno stati immessi più impuberi, bisogna aspettare che tutti sieno divenuti puberi (8). Oltre a ciò estinguesi il dritto a questo possesso, quando l'immesso vuole più presto far valere il suo dritto ereditario (9). La quistione se l' immesso dopo esser giunto alla pubertà possa stare in giudizio come convenuto, ovvero debba intervenire come attore, dipende dal vedere se il possesso corporale e l'amministrazione sia stata o no conceduta a lui mediante la cauzione prestata (10). L' Editto Carboniano non si riferisce al caso che s' impugni semplicemente lo *status*, senza relazione ad un dritto ereditario, sebbene anche qui la contestazione si possa differire sino alla pubertà (11), e tanto meno torna a vantaggio dei figliuoli diseredati, quando questi non sostengono la nullità del testamento, ma vogliono semplicemente impugnarlo con la querela *inofficiosi testamenti* (12). I discendenti, a cui non sia stato lasciato che un legato, possono per certo domandare il differimento della lite sino alla loro pubertà, ma non già il possesso provvisorio del legato (13). Alcuni Giureconsulti Romani, quando a più fratelli o sorelle era contrastato il loro stato come discendenti del defunto volevano che ai puberi per riguardo degli impuberi si desse almeno il dritto di far differire la lite fino alla pubertà degli ultimi, sebbene non dessero loro anche il possesso delle loro quote ereditarie, nondimeno prevalse l' opinione contraria, la quale applicava l'Editto Carboniano semplicemente agl' impuberi fra loro (14).

(5) L. 5. § 3. L. 6. § 5. L. 15. D. *eod.*
(6) L. 1. § 1. L. 5. § 2-5. D. *eod.*
(7) L. 6. § 4. D. *eod.*
(8) L. 3. § 8. 10. D. *eod.*
(9) L. 3. § 13. D. *eod.*
(10) L. 6. § 6. L. 14. D. *eod.*
(11) L. 3. § 2. L. 6. § 3. D. *eod.*
(12) L. 1. § 8. 9. L. 7. § 2. 6. D. *eod.* L. 20. D. *de inoff. test.* (5. 2.)
(13) L. 3. § 1. D. *de Carbon. edicto* (37. 10.)
(14) Paul. S. R. III. 1.

3) *Missio in possessionem heredis scripti.*

§ 363. Per assicurare la prestazione della *vicesima hereditatum* dagli eredi testamentarii, Adriano avea pubblicato un Editto (1), secondo il quale, quando la validità di un testamento per qualsivoglia ragione venisse impugnata, dovea nondimeno darsi senza indugio la *missio in possessionem bonorum* agli eredi testamentarii (2), purchè la richiedessero fra il termine di un anno (3), ed il testamento fosse stato legalmente aperto (4). Questa immissione dovea richiedersi nel Tribunale del defunto (5), e non eravi alcun rimedio legale contro questa concessione (6). Non si poneva mente se per avventura gli eredi dovessero nuovamente restituire l'eredità come fedecommesso (7). Dalla *bonorum possessio secundum Tabulas* si distingueva questa immissione nel possesso in ciò che non si dovea prima della concessione aspettare che decorresse il termine della domanda, e non riguardava che quelle cose, le quali alla morte del defunto si trovavano nel suo possesso (8); per la qual ragione essa non dava luogo all'*interdictum quorum bonorum*, il quale serviva propriamente a ricuperare le cose, che si trovavano nel possesso altrui (9), ma solo all'*interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, il quale era ammesso in ogni *missio in possessionem*. Intanto Giustiniano restrinse queste disposizioni al caso che gli eredi testamentarii potessero presentare un testamento, il quale non avesse esternamente alcun difetto visibile; ma nel tempo stesso dispose, che non fosse più d' importanza il tempo in cui l' immissione in possesso si fosse richiesta (10). Colla decisione

(1) L. 3. pr. C. *de edicto divi Hadriani toll.* (6. 33.)

(2) Paul. S. R. III. 5. § 14. 15.; L. 1. L. 2. C. *eod.* L. 7. C. Th. *de test.* (4. 4.)

(3) Paul. III. 5. § 16.

(4) Paul. l. c. § 17.

(5) L. 1. C. *ubi de her. agend.* (3. 20)

(6) L. 7. pr. D. *de appell. recip.* (49. 5.) L. 26. C. Th. *quor. appell. non recip.* (11. 36.) L. 6. C. *eod.* (7. 65.)

(7) L. 65. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(8) Paul. l. c. § 18.; Nov. Valentiniani III. tit. 21. n. 1. § 5.

(9) V. § 308.

(10) L. 3. C. *de edicto divi Hadriani toll.* (6. 33.). Non v'è niuna ragione a dover parlare, come molti fanno, di uno speciale *remedium ex lege* 3. C. *de edicto divi Hadr. toll.* Quivi s' intende soltanto di un' ordinaria *missio in possessionem*, ed il rimedio legale dell' immesso non è che l'*interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, quando egli non voglia promuovere la *hereditatis petitio*.

della contesa sul testamento si estingue, come da sè s'intende, il dritto che risulta dall' immissione ; ma se gli eredi testamentarii sieno riusciti vincitori, il loro possesso provvisorio mutasi in un vero dominio sul patrimonio. Potrebbe pensarsi che propriamente l' Editto di Adriano sia stato in tutto superfluo, giacchè fin d'allora da lunga pezza competea agli eredi testamentarii il dritto alla *bonorum possessio secundum Tabulas.* Ma nondimeno questa non li soccorreva in egual misura; imperocchè 1) se la validità del testamento era impugnata, dipendeva dalla discrezione del magistrato il concedere o no la *b. p. s. t.* 2) Anche quando gli eredi testamentarii avevano ottenuto la *b. p. s. t.*, gli eredi intestati che impugnavano il testamento poteano ottenere il sequestro dell'eredità, il che non avea luogo se quegli siaveano fatto concedere l'immissione nel possesso secondo l'Editto di Adriano. 3) Gli eredi testamentarii che non erano nè discendenti nè ascendenti del testatore doveano implorare la *b.p.s.t.* fra cento giorni, e se ancora come eredi civili potevano far valere il loro dritto ereditario più forte con la *hereditatis petitio*, doveano nondimeno nell'intervallo esser privi del possesso dell'eredità, mentre al contrario per l'editto di Adriano poteano anche fra un anno ottenere la *missio in possessionem bonorum* (11). 4) Da ultimo se vi erano eredi legittimarii lesi, la *b.p. contra Tabulas* di costoro era preferita alla *b. p. secundum Tabulas*; ma dopo Adriano essi doveano provvisoriamente cedere agli eredi testamentarii, tostochè questi chiedevano la nuova immissione nel possesso. Ma da ciò è anche manifesto che la disposizione di Adriano nell'interesse Fiscale poteva di leggieri essere lesiva per gli eredi intestati, il perchè pare che sia giusta la restrizione della medesima da Giustiniano introdotta.

4) *Bonorum possessio furiosi nomine.*

§ 364. Se un erede demente stia tuttora sotto la patria potestà, per verità il suo padre può sempre con pieno effetto accettare o rinunciare a nome suo (1); ma se è *sui juris*, si vuol fare una distinzione. 1) Se egli come *suus heres* acquista l'eredità *ipso jure*, la sua pazzia non ha influenza, segnatamente per l'eredità paterna, che per la morte del padre gli ricade (2). 2) Per contrario quando gli si deferisce una

(11) Per conseguenza anche la Nov. di Valentin. III. cit. avea per questa ragione rimesso agli eredi testamentarii di domandare specialmente la *bon. poss. s. t.*

(1) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.)

(2) L. 7. § 2. C. *cod.* L. 63, D. *de adq. her.* (29. 2.)

eredità che richiede l'adizione, allora divien necessario il soccorso del suo curatore, intorno al che per altro le opinioni dei Giureconsulti Romani erano molto divise. In fatti mentre alcuni concedevano al curatore di potere assolutamente accettare o rinunciare(3), altri aveano avviso che la successione dovesse rimanere *in suspenso*, finchè il demente fosse morto, o fosse divenuto capace di manifestare egli stesso la sua volontà (4), ed altri opinavano anche che a richiesta del curatore si potesse mediante una *bonorum possessio decretalis* concedere al demente il possesso provvisorio dell'eredità (5). Giustiniano infine tenne per quest'ultima opinione. Il curatore quindi può chiedere la *bonorum possessio*, ed il demente ottiene per essa il godimento del patrimonio; ma se il demente non ha ricuperato la capacità di accettare o rinunciare da sè medesimo, allora alla morte sua l'eredità non passa ai suoi eredi, ma sibbene a coloro, che l'avrebbero acquistata, se egli non vi fosse stato; però quando si tratta di parenti di colui, dal quale il demente ebbe l'eredità, essa passa a coloro, che al tempo della sua morte sarebbero stati i più prossimi parenti del defunto (6), salvo se l'eredità provenisse da un ascendente del demente, e questi avesse fatta una sostituzione quasi pupillare, nel qual caso il sostituito acquisterebbe l'eredità (7).

CAPITOLO VIII.

DEL NON ACQUISTO DELL' EREDITA' DEFERITA;

I. Ragioni del non acquisto:

1) Ragioni fondate sulla volontà dell'erede.

§ 563. Il non acquisto di una eredità deferita può provenire o dalla volontà dell'erede chiamato, allorchè questi rinunzia l'eredità, o da altre ragioni. Per rispetto alla rinunzia, *repudiatio hereditatis*, son da distinguere più casi:

1.° Gli eredi indipendenti dal defunto *extranei heredes* hanno gene-

(3) L. 11. D. *de auctor. tut.* (26. 8.)
(4) L. 1. § 5. D. *de successor. ed.* (38. 9.) L. 1. D. *de bon. poss. furioso* (37. 3.)
(5) L. 2. § 11-13. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 51. pr. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (5. 70.)
(6) L. 7. § 3-11. C. *eod.*
(7) L. 7. § 1. C. *eod.*

ralmente il dritto di rinunziare (1), colla sola eccezione che un sostituito pupillare, il quale abbia accettato la successione paterna, non può ricusare quella del pupillo (2), al che si può anche aggiugnere che gli eredi, i quali hanno acquistato la loro quota ereditaria, debbono anche accettare la porzione che loro si accresce (3). Ma perchè la rinunzia abbia effetto e sia obbligatoria, è necessario 1) che concorrano tutte le condizioni necessarie all' adizione (4), e per conseguenza A. che la successione siasi già pienamente deferita al rinunziante (5), salvo il caso che un erede testamentario anticipatamente insiem colla successione testamentaria rinunzii eziandio all' intestata (6), o un legittimario anticipatamente rinunzii al dritto d' impugnare il testamento con la *querela inofficiosi* (7); B. che il rinunziante sappia con certezza che egli si debba dichiarare (8), e C. che il medesimo abbia la stessa capacità di volontà che si richiede per l' adizione; il perchè ove questa manchi, se l' erede sta ancora sotto la patria potestà, decide il padre (9), altrimenti il tutore (10), il quale però, sebbene abbia la facoltà di accettare(11), pure può solamente confermare la rinunzia del suo pupillo, ma non già rinunziare egli medesimo (12). 2) Inoltre quando l' erede sta sotto la potestà di un altro, la rinunzia dee farsi con la volontà di entrambi (13), il che nondimeno Giustiniano cambiò pel caso, che il padre ed il *filius familias* di già pubere non fossero d' accordo intorno a ciò, essendochè in tal caso l' eredità rinunziata da uno può essere accettata dall' altro esclusivamente per sè(14). 3) Finalmente è mestieri che l' erede non abbia di già accettato, altrimenti la rinunzia non giova a nulla (15). Del resto è indifferente in che modo si manifesti la vo-

(1) § 5. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)
(2) L. 59. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(3) V. § 369.
(4) L. 4. L. 18. D. *eod.* L. 174. § 1. D. *de R. J.* (50. 17.)
(5) L. 13. pr. § 1. 2. L. 23. L. 94. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 16. D. *de suis* (38. 16.) L. 3. C *de collat.* (6. 20.)
(6) L. 17. § 1. L. 77. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(7) L. 31. § 4. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 35. § 1. C. *eod.* (3. 28.)
(8) L. 15. L. 16. L. 23. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(9) L. 7. pr. C. *de cur. fur.* (5. 70.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(10) L. 11. D. *de auct. tut.* (26. 8.)
(11) L. 5. C. *de repud. hered.* (6. 31.) L. 1. § 4. D. *de success. ed.* (38. 9.)
(12) L. 1. § 4. 5. D. *eod.* L. 1. D. *de bon. poss. fur.* (37. 3.)
(13) L. 13. § 3. D. *de adq. her.* (29. 2)
(14) L. 8. pr. § 1. 2. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)
(15) L. 4. C. *de repud. hered.* (6. 31.)

lontà di rinunziare (16), ed una rinunzia validamente dichiarata una volta esclude per sempre dall' eredità (17), quando non si ottenga una restituzione nello stato primiero, la quale si può concedere per le ordinarie ragioni (18). Soltanto, l'erede testamentario che rinunzia, se nel tempo stesso è erede intestato, può ancora accettar come tale, purchè non abbia nel tempo stesso rinunziato anche all' eredità intestata (19).

2.° Gli eredi necessarii non possono certamente rinunziare, se non quando sieno stati istituiti eredi in un testamento sotto la condizione che volessero divenire eredi (20), nel qual caso si applicano gli stessi principii che per gli eredi volontarii; intanto l' Editto del Pretore ai *sui* ma non già anche agli altri eredi necessarii (21) ha conceduto il *beneficium abstinendi*, cioè il dritto di astenersi dall'eredità paterna ad essi *ipso jure* ricaduta (22); presupposto che eglino, nel caso che sieno puberi, non si sieno ancora immischiati, e non abbiano fatto quei tali atti, che per gli altri eredi varrebbero come una *pro herede gestio*, e non abbiano rimosso nulla dell'eredità (23). L'effetto è in tutto lo stesso che per la rinunzia propriamente detta, tranne che i coeredi non son tenuti di accettare la porzione di colui che si è astenuto (24), e che Giustiniano ha permesso ai *sui* di rivocare fra tre anni il loro proposito di astenersi, i quali tre anni, quando colui che si astiene sia ancora minore, si debbono computare dal momento in cui dopo di esser giunto alla maggiore età sia trascorso il *quadriennium restitutionis* (25).

3.° Differisce dalla rinunzia dell' eredità la semplice rinunzia alla *bo-*

(16) L. 95. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(17) L. 13. pr. D. *eod.* L. 10. § 3. L. 23. L. 34. § 1. L. 45. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

(18) L. 7. § 7. 9. L. 11. § 5. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. C. *si minor ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(19) V. Nota 6. Confr. L. 1. pr. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.)

(20) L. 12. D. *de cond. inst.* (28. 7.)

(21) L. 57. § 2. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(22) Caj. II. 158-160.; Ulp. XXII. 24.; L. 11. L. 12. L. 38. L. 40. L. 41. L. 44. L. 55-57. L. 71. § 3-9. L. 86. § 2. L. 87. L. 89. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 1. C. *si min. ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 1. L. 2. C. *de repud. her.* (6. 31.) L. 1. C. Greg. *si cert. pet.* (3. 1.) § 2. J. *de her. qual.* (2. 19.)

(23) L. 11. L. 12. L. 41. L. 44. L. 57. pr. L. 71. § 5-9. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(24) L. 55. D. *eod.* La ragione è che l'astenersi viene assomigliato ad una *in integrum restitutio*, giacchè rigorosamente parlando l'eredità era stata di già acquistata V. Nota 38.

(25) L. 6. C. *de repud. her.* (6. 31.)

norum possessio. Per verità rispetto ai requisiti han luogo gli stessi principii che per quella (26), ed anche qui la rinunzia una volta validamente dichiarata è obbligatoria, come per quella (27); ma siccome gli eredi necessarii debbono far la domanda per la *bonorum possessio* nel medesimo modo che i volontarii (28), così segue da ciò che quelli possono rinunziare non meno che questi, e la rinunzia non viene assimigliata che alla mancanza di domanda; laonde quando la successione passa ad un'altra classe, ed il rinunziante appartiene anche a questa, non è impedito di presentarsi anche tra gli eredi di questa classe, e quando egli è un erede civile, non è impedito di far valere in ogni tempo il suo dritto ereditario (29). Del resto non si può rinunziare alla *bonorum possessio decretalis*, imperocchè essa non si tiene per deferita prima che sia conceduta, e colla concessione poi è di già acquistata (30).

4.° Sebbene chi ha acquistato l'eredità in una o in un'altra guisa non abbia più la facoltà di ritirarsi indietro, pure egli può anche ottenere la restituzione contro l'adizione, e ciò non solamente per le cause generali di restituzione (31), ma secondo le costituzioni di Adriano, Gordiano, e Giustiniano anche per cagione di errore sulla solvibilità della massa (32). Ma nondimeno è mestieri che non sia già avvenuta nell'eredità qualche grande mutazione (33), e se un impubere si è fatto restituire contro la rinunzia fatta dal padre a suo nome, allora non può con una nuova restituzione farsi sciogliere dall'eredità (34). Sulla domanda di restituzione debbono essere intesi i creditori ereditarii (35). Se vien conceduta la restituzione, dee restituirsi o rimbor-

(26) L. 11. D. *de auct. tut.* (26. 8.) L. 1. § 1-10. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. C. *de repud. bon. poss.* (6. 19.)

(27) L. 1. C. *eod.*

(28) V. § 303. Nota 1.

(29) L. 1. § 10. 11. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 2. pr. D. *unde legit.* (38. 7.)

(30) L. 1. § 7. D. *de success. ed.* (38. 9)

(31) L. 21. § 5. D. *quod. met. causa* (4. 2.) L. 29. § 2. D. *de minor.* (4. 4.) L. 6. § 7. L. 57. § 1. L. 61. L. 85. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.) L. 1. § 10. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 1. C. *si minor ab her. se abstin.* (2. 39.) L. 8. § 1. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 1. C. *Greg. si cert. pet.* (3. 1.) Nov. 119. c. 6.

(32) Caj. II. 163.; § 5. 6. J. *de her. qual.* (2. 19.) L. 22. pr. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(33) L. 4. D. *de in integr. rest.* (4. 1.)

(34) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) Confr. con L. 7. § 9. D. *de minor.* (4. 4.)

(35) L. 29. § 2. D. *eod.* Nov. 119. c. 6.

sarsi tutto ciò che appartiene all'eredità (36), e la successione passa più oltre, come se fosse stata rinunziata (37). Soltanto, i coeredi non son tenuti ad accettare l'accrescimento della quota ereditaria rimasta vacante per la restituzione (38).

2) *Senza la volontà dell'erede.*

§ 366. Le cagioni, per le quali un erede anche senza sua volontà può perdere la successione deferitagli, si dividono in cagioni che impediscono soltanto l'acquisto dell'eredità, ed in altre che possono ancho produrre la perdita dell'eredità già acquistata.

1.° Le cagioni della prima specie sono 1) l'inabilità di succedere (1), 2) l'incapacità (2), 3) il mancare delle condizioni, per una istituzione condizionale, 4) la morte dell'erede prima di fare l'adizione (3), e 5) l'indugio oltre al termine dell'adizione, allorchè un tal termine o sia stato prescritto dal testatore nel testamento (4), o sia stato ordinato dal giudice in seguito di una *interrogatio in jure* (5), o sia stato determinato dalla legge, come nella *bonorum possessio* (6).

2.° Le cagioni poi della seconda specie sono: 1) l'indegnità dell'erede, la quale può incontrarsi tanto prima quanto dopo l'adizione (7); 2) l'invalidamento del testamento, che può aver luogo anche dopo l'adizione, specialmente per la *querela inofficiosi*; 3) la così detta *clausula privatoria*, allorchè un erede testamentario non adempia i pesi, al cui inadempimento il testatore ha imposta la perdita della successione (8); 4) la mora nel pagamento dei legati (9); 5) la restituzione di un erede più prossimo contro la rinunzia (10); e 6) la rivoca del proposito di aste-

(36) L. 7. § 5. D. *eod.* L. 1. pr. § 2. C. *de reputationibus* (2. 48.)
(37) L. 7. § 10. D. *de minor.* (4. 4.) L. 2. D. *de success. ed.* (38. 9.)
(38) L. 61. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(1) V. § 309. 318. 345.
(2) V. § 390.
(3) § 2. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.) L. 59. § 6. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 81. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 5. C. *de cad. toll.* (6. 51.)
(4) Caj. II. 165-173. L. 69. L. 72. D. *de adq. her.* (29. 2.)
(5) L. 22. § 14. C. *de jure delib.* (6. 30.)
(6) V. § 303.
(7) V. § 384.
(8) Caj. II. 243.; L. un. C. *de his quae poen. nom.* (6. 41.)
(9) Nov. 1. c. 1.; V. § 375.
(10) § 5. J. *de eo cui lib. causa bona add.* (3. 11.) L. 7. § 7 9. L. 11. § 5. D.

nersi da parte di un *suus heres*, in seguito della quale anche quelli, che hanno ottenuto l' eredità, son tenuti di restituirla al *suus* (11). Non per tanto si può in certo modo 7) anche qui annoverare il caso, che un erede gravato di un fedecommesso universale si lasci costringere all'adizione, giacchè allora la sua eredità o la sua quota ereditaria passa interamente al fedecommessario (12), come pure 8) il caso che mediante una ingiusta sentenza ma passata in giudicato si dichiari non competere ad un erede il suo dritto ereditario.

II. A chi appartenga l'eredità non acquistata.

1) *Generalità.*

§ 367. Ci ha 1) un numero di casi, in cui il dritto di successione di un erede che manca, passa ai suoi eredi o ad altre determinate persone, il che generalmente si può dire trasmissione dell'eredità o del dritto ereditario, quantunque questa espressione comunemente non si adoperi che per alcuni casi di questa specie (1). Or quando un tal passaggio del dritto ereditario ha luogo, i trasmissarii son preferiti a tutti gli altri, e quindi il posto del mancante non è ancora propriamente aperto e vacante, finchè non sia certo che anche i trasmissarii non verranno in vece di quello alla successione (2). Ma quando 2) non può aver luogo alcun caso di trasmissione, o quando i trasmissarii del pari non hanno acquistata l'eredità, allora, nella successione testamentaria, è da vedere se sieno stati o no nominati dei sostituti, imperocchè, quando vi son dei sostituti, la successione si deferisce ad essi secondo l' ordine del grado (3). 3) Ma se nemmeno vi sien sostituti, o se questi non abbiano acquistata l'eredità, o se si tratta di eredità intestata, in cui non vi può essere alcun sostituto, allora, se il mancante abbia dei coeredi, si fa luogo al dritto di accrescere (4). 4) Ma se al contrario non vi son coeredi, perchè o tutti son mancati, o perchè in generale l' eredità erasi deferita ad un solo, allora si viene alla *successio ordinum et gra-*

de minor. (4. 4.) L. 4. § 1. 2. D. *de fideic. libert.* (40. 5.) L. 8. § 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.) L. 2. C. *si minor. se ab her. abstin.* (2. 39.)

(11) L. 6. C. *de repud. her.* (6. 31.)

(12) V. § 312. Nota 25.

(1) V. § 368.

(2) L. un. § 13. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(3) V. § 332. L. un. § 13. C. cit.

(4) V. § 369.

duum, cioè la successione vien deferita alla classe seguente, ovvero ai parenti del grado seguente (5). 5) In mancanza di eredi, o allorchè niuno di essi acquista l'eredità, allora questa come bene senza erede ricade al Fisco o a coloro che, secondo il dritto Romano posteriore, son preferiti al Fisco in *bonum vacans* (6), e se finalmente 6) anche niuno di questi voglia accettare il patrimonio, allora i creditori ottengono il dritto alla immissione nel possesso, *missio in bona defuncti*, per soddisfarsi dei loro crediti mediante l'apertura del concorso (7), il che nondimeno secondo la disposizione di Giustiniano può anche cambiarsi per effetto di una posteriore *addictio bonorum libertatum servandarum causa* (8).

2) *Specialità.*

A. Della trasmissione.

§ 368. Parecchi dei casi, nei quali il dritto di successione di un erede passa in altri, non si riferiscono che alla morte dell'erede avvenuta prima dell'adizione, e questi son quei casi che si sogliono esclusivamente indicare come casi di trasmissione.

1.° Il caso più antico che qui si riferisca è la così detta *transmissio ex capite restitutionis in integrum*, imperocchè la regola generale dell'Editto Pubbliciano, che l'impedimento, per cui senza propria colpa non si sia potuto intraprendere un atto, costituisce una ragione sufficiente per la restituzione contro le conseguenze della omissione (1), fu da Antonino Pio interpetrata ed estesa anche nel senso, che gli eredi di un erede morto potessero per mezzo della restituzione ottenere il dritto di entrare nel suo luogo, quando dimostrassero, che egli solamente per ignoranza della delazione o per altre circostanze a lui non imputabili fosse stato impedito dal dichiarare l'accettazione dell' eredità prima della sua morte (2), e che anche il padrone o il padre dell'erede, il

(5) V. § 370.
(6) V. § 343.
(7) Caj. II. 78. 79. IV. 35. ; § 2. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) L. 8. § 1. D. *qui test. fac. pass.* (28. 1.) L. 55. L. 61. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 4. L. 6. L. 7. L. 28. L. 31. D. *de bon. auct. jud. poss.* (42. 5.) L. 1. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.) V. § 225. Nota 26.
(8) L. 15. pr. C. *de man. test.* (7. 2.) Confr. con § 3. J. *de eo cui lib. causa bon. add.* (3. 11.) V. § 343.
(1) V. § 84.
(2) L. 86. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 3. § 30-32. L. 4. D. *ad Sct. Silan.*

quale prima della morte di costui non fosse stato in istato di comandargli, che accettasse, potesse nella stessa guisa ottenere la restituzione per sè (3).

2.° Dopo ciò, se non prima, fu nella pratica ammesso il principio, che quando un erede, il quale avea il dritto di chiedere la *bonorum possessio*, fosse morto nel termine conceduto a far la domanda, potesse la *bonorum possessio* esser conceduta ai suoi eredi, purchè quesli nel residuo del termine si presentassero in suo luogo; e questa allora era una *bonorum possessio decretalis*, giacchè nell' Editto non eravi nulla di ciò (4).

3.° A ciò seguì la così detta *transmissio ex capite infantiae*, che Teodosio II. nel 426 introdusse con la disposizione, che quando un fanciullo al di sotto di sette anni, a cui erasi deferita un'eredità, fosse morto prima dell'adizione, quell'ascendente, che al tempo della morte avea sopra di lui la potestà, o che l'avea avuta daprima, avesse il dritto di accettare l'eredità per sè stesso (5).

4.° Nell' anno 450 Teodosio II. aggiunse ancora la così detta *transmissio Theodosiana* disponendo che quando un discendente istiluito erede da un suo ascendente fosse morto prima dell'apertura del testamento, senza distinzione se fosse morto vivendo il testatore o posteriormente, ed avesse lasciato dei discendenti, costoro avessero la facoltà di succedere in sua vece (6).

5.° Finalmente Giustiniano stabilì la regola generale che quando un erede morisse, senza una precedente dichiarazione, entro il termine ottenuto a deliberare o entro l'anno dalla morte del testatore, quando non fosse stato richiesto alcun termine, i suoi eredi potessero accettare entro il rimanente del termine a deliberare, o dell'anno (7), il che addimandasi *transmissio Justinianea*, per la quale la così detta *transmissio ex capite restitutionis* perdè molto d'importanza, essendochè essa non

(29. 5.). Quello Scevola che è citato nella L. 3. § 30. D. cit. dev' essere Cervidio Scevola, il quale visse sotto gli Antonini.

(3) L. 30. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.)

(4) L. 4. § 3. L. 5. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 12. D. *de Carbon. ed.* (37. 10.)

(5) L. 18. § 1. 3. C. *de jure delib.* (6. 30.). Che Diocleziano avesse disposto la medesima cosa non si può dedurre dalla L. 3. C. *qui admitti ad bon. poss.* (6. 9.), la quale parla soltanto di una *bonorum possessio* già impetrata.

(6) L. un. C. *de his qui ante apert. tab.* (6. 52.) Confr. L. un. § 2. 3. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(7) L. 19. C. *de jure delib.* (6. 30.) Nov. 158.

potè più applicarsi se non nel caso che la morte dell'erede fosse avvenuta in un tempo posteriore, nel qual caso si dovea dimostrare non esservi stata colpa nell'indugio (8). Degli altri casi, nei quali alcuno per legge subentra nel dritto successorio di un erede che manca, si presentano 1) in primo luogo i casi della caducità, ai quali la *lex Julia et Papia Poppaea* pose il fondamento (9). 2) A questi seguirono per ordine di tempo i casi d'indegnità, nei quali eziandio il dritto ereditario dell'erede indegno passa sempre ad altre persone determinate (10). 3) Da ultimo appartiene qui, secondo la disposizione di Giustiniano, che quando vien deferita un'eredità a'figliuoli puberi sotto la patria potestà, ed essi non vogliono acquistarla, il padre possa invece di loro accettarla per sè (11).

B. Del dritto di accrescimento (*)

§ 369. Secondo un'antichissima opinione, la quale senza dubbio non sorse la prima volta in Roma, che cioè ogni erede si riguarda come un *successor in universum jus defuncti* (1) s'intende di per se che col mancare di uno fra più eredi, il dritto degli altri si debba estendere anche alla sua quota ereditaria, il che chiamasi dritto di accrescimento *jus accrescendi* (2). Anzi chi una volta è divenuto erede non può

(8) Ma non è da ammettere che Giustiniano nelle parole della L. 19. C. cit. « quo (sc. tempore) completo, nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur » avesse voluto vietare anche la restituzione.

(9) V. § 383. I particolari si esporranno più appresso, perchè bisogna considerare anche i legati.

(10) V. § 384. Anche intorno a ciò i particolari sono esposti più appresso, perchè le cagioni d' indegnità riguardano egualmente i legati.

(11) L. 8. pr. § 1. 2. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.). Ciò non ha luogo pei figliuoli impuberi, imperocchè, siccome qui il padre soltanto decide, e quindi non si prende in considerazione la loro volontà di rinunziare, così il padre può accettare o rinunziare soltanto per essi, ma non può accettare per sè stesso L. 8. § 6. C. *eod.*, salvo quando, essendo essi *infantes* nel proprio significato della parola, sieno morti prima dell'adizione cosicchè si applica la *transmissio ex capite infantiae* (Nota 4.)

(*) *M. G. Van. Alphen* de orig. natura et effect. jur. accrescendi L. B. 1807. 8.; *Rossberger* de jure accresc. Lipsia 1827. 8.; *Baumeister* dritto di accrescimento tra i coeredi. Tubingen 1829. 8.

(1) V. § 298.

(2) L. 59. § 3. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 31. L. 53. § 1. L. 55. L. 76 pr. D. *de adquir. her.* (29. 2.) L. 3. § 9. L. 4. L. 5. D. *de bon. poss.* (37. 1.) L. 1. § 10. D. *de succ. ed.* (38. 9.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.) L. 17. pr. L. 23. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.). L'opinione di Duareno de jure accresc. lib. I, c. 1. (Opera p. 1075. seg.)

ricusare la porzione che gli si accresce; e per quest'appunto non è tenuto a farne prima l'accettazione, ma l'acquista incontanente *ipso jure* (3), anche quando non abbia avuto notizia dell'avvenimento, o siasi morto prima del medesimo (4). Le condizioni di questo dritto di accrescimento sono molto semplici:

1.° È mestieri che per la mancanza di un erede la sua porzione sia rimasta realmente vacante, e però, se il suo dritto di successione sia passato in altri, o vi sieno dei sostituti, il dritto di accrescimento non ha luogo, se non nel caso e dal momento in cui è certo che anche questi non possano o non vogliano acquistare la quota ereditaria (5).

2.° È anche mestieri che la porzione vacante non sia stata di già validamente acquistata, il che veramente secondo il dritto civile antico non poteasi verificare, ma poi divenne possibile sì per la circostanza che l'Editto del Pretore promise a tutti gli eredi la restituzione contro l'accettazione, ed ai *sui* che acquistano *ipso jure*, il *beneficium abstinendi* (6), e sì ancora perchè un erede, secondo una disposizione di Giustiniano, può perdere la sua eredità per effetto della clausola privatoria, e parimente per la negligenza nello adempimento dei legati, nel qual caso però i coeredi non son tenuti ad accettare la porzione ereditaria di colui, che posteriormente si è spogliato della eredità, o ne è decaduto (8), sebbene competa loro un dritto sopra di essa, quando vogliano acquistare la parte divenuta vacante (9).

3.° Quegli, al quale si dee fare l'accrescimento non solo deve aver acquistato la sua propria quota (10), ma deve ancora esser rimasto erede, il perchè chi si è fatto restituire contro l'accettazione, o ha per-

che la lex Papia Poppaea sia la fonte del *jus accrescendi* non ha per sè altro appoggio che un pajo di testi. La L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16.) son prese dai libri di Paolo *ad legem Juliam et Papiam*. Nei legati il *jus accrescendi* era senza dubbio più antico. Ulp. XXIV. 12.

(3) L. 53. L. 55. L. 76. pr. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 2. § 8. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. un. § 8-10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(4) L. 31. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.) § 4. J. *de Sct. Orphit.* (3. 4.)

(5) L. 2. § 8. D. *de bon. poss. s. t.* (37. 11.) L. un. § 12. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Nov. 1. c. 1. § 3.

(6) V. § 365. Nota 22. e 31.

(7) V. § 366. Nota 8. e 9.

(8) L. 61. L. 55. D. *de adquir. her.* (29. 2.)

(9) Nov. 1. c. 1. § 1.

(10) L. un. C. *quando non petent. partes* (6. 10.) L. 26. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 9. D. *de suis.* (38. 16.)

duto per indegnità la sua quota ereditaria, o da un fedecommessario universale è stato costretto all'accettazione, e per effetto di ciò ha dovuto rilasciar tutto al fedecommessario, non ha alcuna pretensione al dritto di accrescimento, il quale in tal caso piuttosto si appartiene a colui, che è subentrato nel suo luogo (11), mentre al contrario non si fa conto dell'alienazione, perchè non ostante di essa si rimane erede (12). Se l'accrescimento si fa a più coeredi, essi si dividono la porzione accresciuta secondo la misura della loro propria quota (13). Ma non sempre una porzione vacante ricade a tutt' i coeredi insieme.

1.° Nella successione testamentaria 1) gli *heredes ex re certa*, che sono istituiti con altri eredi, non godono del dritto di accrescimento, se non in quanto, in mancanza di tutti gli altri, essi divengono eredi in loro vece (14). Inoltre 2) se il mancante è un *heres conjunctus* cioè uno di più eredi congiunti mediante una porzione ereditaria comune, la sua parte si accresce soltanto agli altri congiunti, ma è indifferente per altro se essi sieno semplicemente *re conjuncti*, o nel tempo stesso *re et verbis conjuncti*, (15) mentre la porzione ereditaria di un *heres disjunctus* si ripartisce sempre fra tutti (16), e 3) se un soldato abbia istituito degli eredi con indicazione delle loro parti, il dritto di accrescimento non ha luogo fra loro, se non quando sia stato prescritto dal testatore, altrimenti le porzioni vacanti vanno agli eredi intestati (17).

2.° Nella successione intestata del pari quando manca alcuno di co-

(11) L. 83. D. *de adq. her.* (29. 2.) L. un. § 12. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(12) V. § 360. Nota 24. Nell' antica *in jure cessio hereditatis* la cosa potè bene essere altrimenti, perchè in ciò si conteneva una vera trasmissione del dritto ereditario, almeno quando un erede intestato prima dell'adizione avea intrapresa la *in jure cessio* V. § 360. Nota 48.

(13) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(14) V. § 331. Nota 13.

(15) V. § 331. Nota 7. L'opinione che i *re et verbis conjuncti* erano anche preferiti ai semplici *re conjuncti* non ha per sè niun appoggio, anzi le sta contro la natura stessa della cosa, imperocchè pei *re conjuncti*, dove la chiamata di più persone ad una quota è stata dal testatore espressamente fatta, la congiunzione è certamente più stretta che pei *re et verbis conjuncti*, dove soltanto dalla congiunzione ch'è nelle parole, si deduce che debba aver luogo una congiunzione anche per rispetto alla quota ereditaria. Non si oppone la L. 89. D. *de legat.* III. (32.), la quale ha vigore soltanto pei legati. V. § 372. Nota 19.

(16) L. 17. § 1. L. 59. § 3. L. 63. L. 66. D. *de her. inst.* (28.5.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(17) L. 37. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 1. C. *eod.* (6. 21.)

loro che appartengono ad una stessa stirpe la sua porzione si accresce in prima soltanto agli altri coeredi della medesima stirpe (18). (a)

3.° Di quei successori straordinarii, che concorrono con altri eredi 1) coloro, il cui dritto di successione si fonda nel concubinato, non partecipano del dritto di accrescimento, se non in quanto, mancando uno di essi, gli altri prendono una maggior porzione in quel sesto dell'eredità che a tutti loro insieme si appartiene (19); per contrario 2) compete il dritto di accrescimento alla vedova povera, allorchè di quattro o più eredi un solo o alcuni vengono a mancare, essendochè per questo la sua porzione virile diviene maggiore, ed anzi, se il numero degli eredi sia ridotto a meno di quattro, la sua porzione da una porzione virile si accresce al quarto dell' eredità (20). Ma generalmente se non vi sieno più che tre eredi, il mancare di uno o di due dei medesimi non ha alcuna influenza sulla successione della vedova povera (21), e se mancano tutti gli eredi più prossimi, la vedova non ottiene l'intero, ma si fa luogo alla *successio ordinum et graduum* (22), ed allora la porzione della vedova si regola secondo il numero degli eredi che subentrano, senza riguardare quale sarebbe stata la sua porzione, se i chiamati in primo luogo avessero ereditato. Dopo Settimio Severo l'accrescimento in tutti i casi ha luogo *cum onere*; cosicchè i legati ed altri pesi imposti a quei che son mancati, passano nei coeredi che ottengono la loro porzione (23), e la porzione che si accresce in generale si confonde e si fa tutt'uno con la propria porzione ereditaria del coerede (24).

(18) L. 12. pr. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.) L. 7. D. *de collat.* (37. 6.) L. 1. § 12. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.) L. 5. § 2. *si tab. test.* (36. 6.) Questi passi parlano veramente soltanto di nipoti da figlio, ma lo stesso deve attualmente valere nella seconda e terza classe pei figliuoli di fratelli e sorelle.

(19) Questo segue da ciò, che la porzione della concubina e dei figliuoli di concubine rimane sempre un sesto, essendo indifferente con quanti eredi essi concorrano, e quanti di essi vi sieno e succedano. V. § 344. n° II.

(20) V. § 344. n° I.

(21) Imperocchè la porzione qui ammonta sempre ad un quarto dell' eredità.

(22) Naturalmente qui non si parla del caso che si venga alla *bonorum possessio unde vir et uxor* per la *successio ordinum*, imperocchè allora la vedova eredita non già come una vedova povera, ma sibbene per un fondamento del tutto diverso.

(23) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 4. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.) L. un. § 4. 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(24) Intorno ad un'eccezione per rispetto alla quarta falcidia veggasi il § 373.

(a) Così p. es. se alcuno lasci due figliuoli, e due nipoti da un altro figliuolo, ed uno de' nipoti venga a mancare la sua porzione si accresce al fratello. *(Nota del Tr.)*

C. Della chiamata degli eredi più lontani.

§ 370 Mentre il dritto civile antico in mancanza degli eredi testamentarii facea subentrare gli eredi intestati, ma nella successione intestata stabiliva la regola: *in legitimis hereditatibus non est successio*, la quale significava che l'eredità una sola volta per sempre si deferiva ai più prossimi parenti intestati, ma se costoro non acquistavano l'eredità, i più lontani non venivano per questo ad entrare nel loro luogo (1), l'Editto del Pretore invece nella *bonorum possessio* generalmente introdusse la *successio ordinum* cioè la chiamata delle classi seguenti, quando delle precedenti non erasi presentato alcuno (2), e nelle due classi *undè liberi* e *unde cognati* introdusse anche la *successio graduum*, cioè l'ammissione dei discendenti o cognati più remoti, quando i più prossimi non si presentavano (3). La *successio graduum* avea qui luogo tanto illimitatamente, che potevano ottenere la *bonorum possessio* non già semplicemente i parenti più lontani di altre linee, ma gli stessi proprii figliuoli di coloro, che non si erano presentati (4); nondimeno nella seconda classe *unde legitimi* l'Editto seguitò ad osservare l'antica regola, cosicchè qui la *bonorum possessio* concedevasi solamente ai più prossimi agnati che si trovavano (5), finchè Giustiniano da ultimo estese anche a questa classe la *successio graduum* (6). Una speciale applicazione di questi principii avea luogo nella *querela inofficiosi* per effetto della successione nella querela, che qui si ammetteva quando i più prossimi eredi legittimarii aveano rinunziato o erano morti (7). In che modo, dopo introdotto da Giustiniano il nuovo ordine di successione, si debba procedere in questa materia, non è detto nella novella 118, e per questa ragione appunto si dee tuttavia seguire la precedente teorica, in quanto si possa conciliare col novello sistema. E però 1) ha luogo ancora la *successio ordinum* quando tutti gli eredi della classe precedente abbiano rinunziato, o in altra guisa sieno mancati. E non al-

(1) Caj. III. 11-13. 22.; Ulp. XXVI. 5.; Paul. S. R. IV. 8. § 23.; § 7. J. *de legit. agnat. succ.* (3. 2.)

(2) L. 1. pr. § 6. 11. D. *de successor. ed.* (38. 9.)

(3) Ulp. XXVIII. 11. § 7. J. cit. L. 3. C. *unde liberi* (6. 14.)

(4) L. 3. C. cit. Non si oppone L. 3. D. *de conjung. cum emanc. lib.* (37. 8.), la quale non contiene che un dritto singolare per la *bonorum possessio contra tabulas*.

(5) Caj. III. 28.; § 7. J. cit.

(6) L. 15. § 3. C. *de legit. hered.* (6. 58.) § 7. J. cit.

(7) V. § 350. Nota 10.

trimenti, 2) quando si succede secondo la prossimità del grado, in mancanza dei più prossimi parenti acquistano dritto alla successione i parenti del grado seguente, e quindi A. nella seconda classe sono ammessi i più lontani ascendenti, quando i più prossimi non abbiano acquistata l'eredità, e B. nella quarta classe sono ammessi i parenti collaterali più remoti, quando il dritto dei più prossimi per qualsivoglia ragione siasi estinto. 3) Per contrario nella prima classe i nipoti o pronipoti da figliuoli, che alla morte del defunto esistevano tuttora, non possono altramente ereditare, che quando i figliuoli, dai quali hanno origine sieno posteriormente morti in quelle tali circostanze, che danno luogo ad un caso di trasmissione; imperocchè Giustiniano espressamente non chiamò alla successione dell'Avo che i nipoti da figliuoli già morti *praemortuis filiis*, e per conseguenza i nipoti da parte di figliuoli tuttora viventi alla morte dell'Avo non hanno alcun dritto ereditario (8), ed il medesimo 4) dee valere eziandio nella seconda e terza classe per rispetto ai figliuoli di fratelli e sorelle, imperocchè qui del pari non son chiamati che i figliuoli de' fratelli o delle sorelle morte prima del defunto, *praemortuis s. praedefunctis fratribus vel sororibus* (9).

CAPITOLO IX.

DEI LEGATI E FEDECOMMESSI

I. Subietti de' medesimi

1) *Gravato.*

§ 371. Ciò che intorno ai legati qui abbiamo ad esporre sono quei prin-

(8) Nov. 118. c. 1, In comproova che questa sia effettivamente l'opinione di Giustiniano si può anche allegare la L. 34. C. *de inoff. test.* (3. 28.), in cui Giustiniano coerentemente esprime che i nipoti da un figlinolo trasandato o diseredato nel testamento dell'Avo (*Jure transmissianis*) succedono nella querela qoaodo il loro padre è morto dopo l'avo, ma non già quando egli ha rinunziato alla qoerela; ovvero l' ha lasciata prescrivere, e di ciò si allega come ragione che i nipoti da figliuoli viventi non aveano contro l'avo un dritto ereditario per sè, il che dopo la Novella 118 non patisce più neppure un'eccezione per rispetto ai nipoti da un figlio emancipato, i quali sieno rimasti nella potestà dell'avo V. § 342. Nota 15.

(9) Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1. Per quanto io sappia di scritti che trattano di quistioni sulla *successio graduum* pei nipoti, e figli di fratelli e sorelle, ninno ha posto mente che a costoro non è attribnito on dritto ereditario assolutamente, ma soltanto quando i loro genitori sieno morti prima del testatore. Ma se, allorchè i loro genitori vivono alla morte del testatore, non hanno per sè stessi un dritto ereditario, non possono neppore prender parte nella *successio graduum*, ma venir soltanto per effetto di trasmissiooe, per la qual cosa una fondata quistione qui pare impossibile.

(*) *Rosshirt* la teorica dei legati secoodo il dritto Romano Heidelb. 1835. 8.

cipii, che dopo l'assimilazione dei legati e fedecommessi fatta da Giustiniano (1), valgono per amendue queste specie di disposizioni, in quanto nella teorica delle disposizioni di ultima volontà non si sieno di già esposti, o per ragioni di opportunità non sieno stati già dichiarati in altri luoghi (2). Da prima si hanno a considerare i subietti dei legati, cioè l'*onerato* o gravato che dee soddisfare il legato (3) e l'*onorato* che dee riceverlo. Or mentre gli antichi legati non poteano essere imposti che agli eredi testamentari, o ai loro sostituti (4), ora per contrario (5) il principio ricevuto pei fedecommessi, che cioè ognuno, al quale il defunto abbia lasciato pervenire qualche cosa dal suo patrimonio, possa anche esser gravato di legati (6), forma la regola generale. Secondo ciò possono esser gravati: 1) tutti coloro, ai quali il defunto per disposizione di ultima volontà ha dato qualche cosa della sua successione, e quindi gli eredi testamentari (7), i sostituiti volgarmente (8), i legatari (9), i fedecommessari (10), i donatari *mortis causa* (11), ed anche i sostituiti pupillarmente (12); eccetto quando sieno stati sostituiti ad un figliuolo diseredato, e non sieno divenuti eredi del padre, e per conseguenza non abbiano nulla ricevuto dal patrimonio del testatore (13); 2) gli eredi intestati (14); compresi coloro che succedono nei beni vacanti (15); 3) i futuri eredi delle predette persone (16), come

(1) V. § 312.

(2) P. es. i principii sulle condizioni, sulle determinazioni di tempo, e sul *modus* nei legati § 313. e 314.

(3) Le espressioni tecniche che si incontrano nelle fonti relativamente a ciò sono: *is a quo legatum est*, ed *is cui fideicommissum s. cujus fideicommissum est* e pei fedecommessi universali anche *heres fiduciarius*.

(4) Caj. II. 260. 271. Caj. Epit. II. 7. § 8.

(5) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 9. C. *de fideic.* (6. 42.)

(6) Caj. II. 271.; Ulp. XXV. 10.; L. 8. § 1. D. *de jure codic.* (29. 7.) L. 1. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 19. D. *de alim. leg.* (34. 4.)

(7) L. 9. C. cit.

(8) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 5. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(9) § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) § 11. 12. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.) L. 70. D. *de legat.* II. (31.)

(10) § 1. J. cit. § 11. 12. J. cit. L. 63. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(11) L. 1. C. *de don. mort. causa* (8. 57.)

(12) L. 12. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 43. § 10. D. *de legat.* I. (30.)

(13) L. 41. § 3. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 126. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 8. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(14) § 10. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 8. § 1. D. *de jure cod.* (29. 7.) L. 92. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 96. § 1. L. 114. § 2. D. *eod.* L. 6. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(16) L. 5. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.)

pure 4) il padrone o il padre delle medesime, il quale succede mediatamente per loro mezzo (17), ma non già anche coloro, ai quali un successore abbia dato qualche cosa *implendae conditionis causa*, essendochè, sebbene il defunto abbia imposta come condizione la prestazione di questa tal cosa, pure essa non si può riguardare come provenuta dal defunto e dal suo patrimonio (18), e tanto meno coloro i quali non ricevono che ciò che loro è dovuto per legge, come la dote da restituirsi, o la *quarta Divi Pii* dell' impubere arrogato, o la legittima di un erede legittimario (19), o ciò che per effetto di un negozio civile tra vivi possono richiedere dalla successione, come una *dos receptitia* (20). Se in un legato non siasi detto chi debba soddisfarlo, esso si ritiene come imposto agli eredi, i quali allora vi debbono contribuire ciascuno in proporzione della sua quota creditaria (21). Questo ultimo ha luogo parimente allorchè il legato è stato espressamente imposto a tutti gli eredi, ma senza determinazione di ciò che ciascuno abbia a contribuire (22). Ma se altrimenti il defunto abbia imposto il legato a più persone, e non determinato quel che ciascuno debba contribuire, tutti son tenuti a dare una porzione eguale (23), sebbene i Sabiniani da prima fossero di altro avviso (24). Niuno è mai tenuto a prestare ciò che non si è potuto ottenere da un altro gravato (25); per contrario nel caso della indivisibilità dell'oggetto legato, tutti i gravati son tenuti solidalmente (26). Ancora può disporsi che più persone prestino ciascuno interamente il medesimo oggetto (27). Da Settimio Severo fu stabilita la regola che i sostituiti debbano addossarsi anche i legati imposti agli eredi diretti, se il testatore non abbia espressa una intenzione contraria, o non l'abbia chiaramente manifestata mediante una disposizione di altri legati pei

(17) L. 1. § 10. L. 40. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Ciò non valeva per gli antichi legati. Ulp. XXIV. 21.

(18) L. D. *de cond et dem.* (35.1.) L.8. pr. L.31. § 2. D. *de mort. causa don.* (39.6.)

(19) L. 1. §. 13. L. 2. pr. § 1. D. *de dote praeleg.* (33. 4.) L. 32. L. 36. § 1. C. *de inoff. test.* (3. 28.)

(20) L. 31. §. 2. *de mort. causa don.* (39. 6.)

(21) L. 33. pr. L. 44. pr. D. *de legat.* II. (31) L. 98. D. *de legat.* III. (32.)

(22) L. 4. § 1. L. 54. § 3. L. 124. D. *de legat.* I. (30.)

(23) L. 54. §. 3. L. 124. D. *eod.*

(24) L. 17. D. *de duob. reis* (45.2.) Paolo riferisce ciò come una semplice notizia storica, ed anche Pomponio nella L. 54. §. 3. D. de legat I (30.) sebbene Sabiniano, manifestamente abbracciò l' opinione de' Proculiani.

(25) L. 33. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(26) L. 80. § 1. D. *ad leg Falcid.* (35. 2.)

(27) L. 83. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. L. 12. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.)

sostituiti (28). E questa regola più tardi fu estesa in ciò 1) che anche nell'accrescimento di una porzione ereditaria, i legati imposti all'erede mancante passino ai coeredi (29); 2) che quando alcuno per trasmissione o per altro modo subentra nel dritto successorio di un altro, debba parimente soddisfare i legati imposti a costui (30); e 3) che quando non si è acquistato un legato, sul quale siasi imposto un altro legato, colui che l'ottiene o lo conserva, debba adempiere eziandio ai pesi che vi erano annessi, il che non cominciò a valer come regola generale che da Giustiniano (31). Ma non per tanto l'estensione non va più oltre, e segnatamente i legati imposti agli eredi testamentari, allorchè questi non succedono, non passano agli eredi intestati. Non però di meno anche ciò ha le sue eccezioni (32), ed in due casi gli eredi testamentari, quantunque non sieno come tali pervenuti alla successione, debbono non per tanto adempire i legati o darne il valore. 1) Il primo caso è quando essi, litigando cogli eredi intestati sulla validità del testamento, abbiano perduta la lite per loro colpa manifesta (33); 2) il secondo poi, quando dolosamente lascino divenir destituto il testamento per far estinguere i legati, affinchè da essi liberati vengano di poi in altra guisa a godere dei vantaggi della successione, nel qual caso un Editto del Pretore per pena impose loro che adempissero ai legati (34). Il più semplice modo come ciò può avvenire è quando gli eredi intestati istituiti maliziosamente rinunciano, ovvero, se la istituzione è condizionale, a bella posta non adempiono la condizione, e di poi vengono ad

(28) L. 74. D. *de legat.* I. (30.) L. 61. § 1. D. *de legat.* II. 31.) L. 4. C. *ad Sct Treb.* (6. 49.) Come s' iotende da se, ciò vale ancora per la sostituzinne volgare tacita, quandn il sostituto pupillare di un pupilln istituito ma che non succede, viene perciò come sostituito volgarmente L. 11. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 80. pr. D. *ad leg Falc.* (35) 2.). I legati che il pupillo pervenuto alla successione avrebbe dovuto già soddisfare, si doveano secondo la regola antica assumere anche dal sostituito popillarmente, quando egli di poi come tale succedeva al pupilln, imperocchè questi legati erano divenuti un debito della eredità pupillare L. 11. § 5. D. *ad leg. Falc.* (35. 2).

(29) L. 49. §. 4. L. 61. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(30) Ulp. XVII. 3. L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29 5.) L. 50. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (35). 1.)

(31) L. un. § 11. C. *de cad toll.* (6. 51.). Nei tempi più antichi non troviamo ciò se non quando un legatario veniva a mancare per cagione d' indegnità, ed in alcuni altri casi speciali. Confr. L. 9. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(32) V. sopra § 348. Nota 20. 28. § 351. Nota 12.

(33) L. 50, 2. D. *de legat.* I. (30.) V. § 304.

(34) L. 1 pr. § 6. 11. D. *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alia modo possideat hereditatem* (29. 4.)

accettar l' eredità in qualità di eredi intestati (35), o quando è stato istituito lo schiavo o il *filius familias* di un erede intestato, e questi proibisce a colui di accettare, per divenire erede egli medesimo (36). Ma questa cosa istessa può aver luogo anche in altri casi somiglianti, come quando gli eredi testamentarii han riscosso dagli eredi intestati un pagamento in prezzo della rinunzia, affinchè questi ultimi vengano alla eredità e per lo meno si prendano ciò che altrimenti sarebbe spettato ai legatarii, nel qual caso son tenuti così gli eredi testamentarii come gli intestati (37); ovvero allorchè gli eredi testamentarii per amicizia cogli eredi intestati rinunziano per far cadere i legati a beneficio di costoro, nel qual caso i legatarii non si possono rivolgere che contro gli eredi intestati, come quelli che solamente se ne sono arricchiti (38). Parimente allorchè un legatario gravato anch' egli di legati dolosamente fa in modo che il testamento divenga destituto, è tenuto a dare il valore dei legati (39). Del resto è indifferente se lo stesso erede che ha commesso il dolo possegga tuttora l'eredità, o l'abbia venduta, o siasi maliziosamente spogliato del possesso (40). Ma in tutte le circostanze è sempre mestieri che vi sia intervenuto il dolo (41), anzi questo neppur nuoce quando il testatore abbia espressamente permesso ai suoi eredi intestati istituiti di poter accettare anche come eredi intestati, la qual permissione però non si può dedurre da ciò solo che avesse loro imposto dei legati speciali pel caso della successione intestata (42). Se un tutore commette siffatto dolo pel suo pupillo, anche questi è tenuto, in quanto se ne sia arricchito (43); ma se un padre commette questo dolo pei figliuoli, che sono sotto la sua potestà, allora è responsabile egli medesimo (44). I legatarii, che essi medesimi si son resi colpevoli di un dolo di tal fatta, perdono il dritto ad essere ristorati del danno (45), e nei legati condizionali naturalmente è mestieri che siasi verificata la condizione prima che si possa richiedere l' indennità (46).

(35) L. 1. pr. § 8. 9. L. 6. § 9. L. 23. D. *eod.*
(36) L. 1. § 1. 4. D. *eod.*
(37) L. 1. § 13. L. 2. L. 3. D. *eod.*
(38) L. 4. pr. § 1. D. *eod.*
(39) L. 4. § 2. D. *eod.*
(40) L. 1. § 10-12. L. 4. § 3. D. *eod.*
(41) L. 5. L. 6 § 3. L. 30. D. *eod.* L. 77. § 31. D. *de legat.* II. (31.)
(42) L. 6. pr. § 1. 2. D. *si quis omissa causa test.* (29. 4.).
(43) L. 24. § 1. D. *eod.*
(44) L. 21. D. *eod.*
(45) L. 7. D. *eod.*
(46) L. 6. § 10. L. 8. L. 9. D. *eod.*

2) *Onorato.*

§ 372. La idoneità di essere legatario o fedecommessario ora è generalmente subordinata alle medesime condizioni, che la idoneità di essere istituito erede, imperocchè l' antica larghezza e libertà dei fedecommessi, per questo riguardo è interamente cessata (1). Formano una eccezione i legati che hanno per iscopo l' immediata soddisfazione dei bisogni naturali dell'onorato, come il *legatum alimentorum*, *habitationis* ed *operarum*, giacchè questi possono lasciarsi anche a coloro che sono stati condannati alla deportazione o ai lavori pubblici (2). Nondimeno ora può in un certo senso allegarsi anche come eccezione, che i testimoni del testamento possono ricever dei legati, mentre la loro istituzione come eredi li rende incapaci a far da testimoni, e quindi rende nullo il testamento (3). A cagione dell' unità della persona non possono, secondo l'antica regola, ottener legati coloro, nella cui potestà trovasi il gravato, e coloro che stanno sotto la potestà del medesimo, e almeno non possono ottenerli che quando il legato sia stato ordinato condizionalmente pel caso della liberazione dalla potestà del gravato (4). Ma da che i figliuoli sotto la potestà patria acquistano tutto per sè medesimi, l'antico principio deve cessare interamente per essi. I legati fatti a persone incapaci sono invalidi (5). Ma se il gravato abbia promesso al testatore di adempire un siffatto legato, nel qual caso vien chiamato un *fideicommissum tacitum*, allora in pena del gravato diventa valido nel senso, che debba pagarlo al Fisco (6), nel qual caso, secondo un *Sctum Plancianum* (7) non può neppure ritenere la quarta Falcidia (8). Può anche un legato esser dato a più persone insieme, che

(1) V. § 318.

(2) L. 16. D. *de interd. et rel.* (48. 22.) L. 3. pr. § 1. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.) L. 11. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 2. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 2. D. *de operis serv.* (7. 7.)

(3) § 11. J. *de test. ord.* (2. 19.) L. 16. § 1. C. *de testam.* (6. 23.) V. § 320.

(4) Ulp. XXIV. 23. 24.; L. 50. L. 16. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con L. 42. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 5. § 7. D. *quando dies* (36. 2.)

(5) L. 1. L. 3. L. 4. D. *de his quae pro non script. hab.* (34. 8.)

(6) L. 103. D. *de legat.* I. (30.) L. 10. L. 11. L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. pr. § 3. 4. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 17. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 1. C. *de delator.* (10. 11.)

(7) La mia St. § 104.

(8) L. 59. § 1. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 3. C. *eod.* (6. 50.) L. 11. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Ulp. XXV. 17.)

allora chiamansi collegatarii s. *legatarii conjuncti* , e del pari che gli eredi congiunti si distinguono in *re conjuncti* semplicemente , ed in *re et verbis conjuncti* , secondo che la loro chiamata al medesimo legato sia espressamente pronunziata,o sia fatta nota per la loro congiunzione nella medesima proposizione (9). I *re et verbis conjuncti* sono anche in preferenza detti *conjuncti*, ed allora i semplici *re conjuncti* si oppongono ai medesimi come *disjuncti* s. *legatarii separati* (10) , pei quali conseguentemente non si possono intendere coloro che debbono avere diversi oggetti quantunque della medesima specie , e quindi dei legati interamente distinti , e che per conseguenza non stanno fra loro in alcuna congiunzione reale, anche quando sieno stati nominati nella stessa proposizione, e perciò sieno *verbis conjuncti* (11). Ma per rispetto ai collegatarii debbonsi anche distinguere più casi :

1.° Egli può avvenire che a più persone debba darsi la medesima cosa, ma da diversi gravati, nel qual caso ciascuno può chiedere dal suo gravato che gli dia la cosa , o se nol può, gli paghi il valore, ed è affatto indipendente da ciò, se l' altro legatario manchi o rimanga , la qual cosa a lui non giova nè nuoce (12).

2.° Ancora allorchè molti debbano avere la medesima cosa dai medesimi gravati può essersi disposto, che ciascuno debba avere il legato intero, nel qual caso ad uno si dee dar la cosa, ed a ciascuno degli altri il valore ; laonde anche qui per quei che rimangono è indifferente per se stesso se alcuno dei legatarii manchi o no, essendochè essi ricevono sempre la stessa quantità (13). Ma quando si avesse a presumere nel testatore una tale intenzione di dare a ciascuno l'intero,anticamente pei legati ciò dipendeva dalla formola che erasi adoperata, giacchè nel *legatum vindicationis* e *praeceptionis* i collegatarii sempre non ottenevano che una parte secondo il loro numero (14), nei *legatum damna-*

(9) L. 80. L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 142. D. *de V. S.* (50. 16) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6.51.)

(10) § 8. J. *de legat* (2. 20.) L. un. § 11. C. cit. Caj. II. 199. L. 33. D. *de legat.* I. (30.). La disgiunzione qui si riferisce alla chiamata in diverse proposizioni , non già all' oggetto del legato. Naturalmente possono incontrarsi relativamente al medesimo legato e *conjuncti* e *disjuncti* L. 34. pr. D. *eod.* L. 89. D. *de legat.* III. (32.)

(11) L. 84. § 12. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppone L. 89. D. *de legat.* III. (32.) V. Nota 20.

(12) L. 11. L. 12. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 53. § 2. D. *de legatis* I. (30.)

(13) Intanto qui il mancare di alcuni può mediatamente giovare agli altri, quando il gravato dovendo soddisfar tutti avrebbe potuto fare una deduzione per cagione della quarta Falcidia.

(14) Caj. II. 199. 223.; Ulp. XXIV. 12.; L. 33. L. 84. § 8. D. *de legat.* I. (30.)

tionis al contrario i collegatarii disgiunti poteano ciascuno richieder tutto l'ammontare del legato (15), e nel *legatum sinendi modo* era controverso se i *disjuncti* avessero il medesimo dritto, o se invece dovesse decidere l'anteriorità del prendere, e quindi colui che fosse il primo a far valere il legato escludesse gli altri (16). Non è noto qual sistema si fosse seguito in questo rapporto dopo l'abolizione delle antiche formole dei legati, e nei fedecommessi; nondimeno si può appena dubitare che ai *fideicommissarii disjuncti* fin da principio non si fosse attribuito che un semplice dritto ad una parte, e che ciò si fosse anche seguito più tardi pei legati, cosicchè non è da riguardarsi che come una conferma di ciò che di già era in uso, quando Giustiniano dispose che non si dovesse mai ammettere un dritto solidale dei collegatarii se non quando ciò si fosse espressamente ordinato dal testatore (17), e che non si dovesse far distinzione se ad uno dei collegatarii la cosa fosse stata legata più volte, e ad un altro una sola volta (18).

3.° Quando per un legato da soddisfarsi dai medesimi gravati vi sieno più collegatarii, i quali non debbono aver ciascuno l'intero, se mancano alcuni, è da esaminare se il testatore abbia determinato le loro porzioni (19). 1) Se sia indicata la porzione di ciascuno, allora si ritiene che il testatore a ciascuno non abbia voluto dare più che la sua parte, e però le porzioni dei mancanti non si accrescono ai collegatarii, ma rimangono ai gravati (20), anche quando la determinazione delle parti non si fosse fatta che indirettamente (21), e ciò fu osservato in ogni tempo (22). 2) Per contrario se il testatore non ha nulla stabilito sullo

(15) Caj. II. 205. 206.; Ulp. XXIV. 13.; L. 82. § 5. D. *eod.* L. 13. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 80. D *de legat.* III. (32.)

(16) Caj. II. 215., L. 14. D. *de usu legato* (33. 2.)

(17) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(18) L. 23. § 1. C. *de legat.* (6. 37.)

(19) *Rossberger* de jure accrescendi p. 78-97. *Schneider* il dritto di accrescimento nei legati secondo il dritto civile antico, e secondo il dritto di Giustiniano. Berlino 1837. 8.

(20) L. 1. pr. § 3. L. 11. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 2. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 89. D. *de legat.* III. (32.) L. 78. § 10. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Siccome Paolo medesimo nella L. 89. D. cit. riconosce che la determinazione delle parti esclude il *jus accrescendi*, così può essere stata soltanto una smemorataggine, quando egli nella clausola finale attribuisce il *jus accrescendi* anche ai semplici *verbis conjuncti*, i quali si trovano sibbene nella medesima proposizione, ma son chiamati a legati interamente diversi.

(21) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.)

(22) La caducità introdotta dalla *lex Papia Poppaea* (Nota 27.) si riferiva solo al caso, in cui le parti non fossero state determinate.

porzioni, cosicchè i collegatarii si limitano a vicenda per la loro concorrenza, allora anche qui come pei coeredi dee aver luogo il *jus accrescendi*. Il dritto civile antico facea la seguente distinzione: A. nel *legatum vindicationis* e *praeceptionis*, in cui i collegatarii sia *conjuncti* sia *disjuncti* sempre non conseguivano che una parte, ove il testatore non avea determinato le parti, avea sempre luogo il *jus accrescendi* (23), nel che intanto quando al medesimo legato eran chiamati insieme e *conjuncti* e *disjuncti*, ed uno dei *conjuncti* mancava, gli altri *conjuncti* erano preferiti ai *disjuncti*, ma non viceversa (24) B. Nel *legatum damnationis* e *sinendi modo* in generale non potea esser quistione di accrescimento che pei collegatarii *conjuncti*, imperocchè tutti quanti i *disjuncti* o conseguivano interamente il legato o nol conseguivano punto (25); ma anche tra gli stessi congiunti l'accrescimento non era ammesso, ed invece il gravato riteneva ciò che i mancanti avrebbero dovuto conseguire, nel modo stesso che quando le parti eran determinate (26). La *lex Papia Poppaea* cambiò questi principii col dichiarare generalmente caduca la parte di un legato spettante al mancante, e per conseguenza anche nei legati per *vindicationem* e per *praeceptionem* si tolse via il dritto di accrescimento (27), e questa prescrizione applicata anche ai fedecommessi rimase finchè Giustiniano non tolse la caducità, ed in questa occasione dispose, che dovesse aver luogo il dritto di accrescimento fra tutti coloro che eran chiamati al medesimo legato, senza determinazione della loro parte, e senza disposizione di solidalità, non dovendosi por mente se venissero come *conjuncti* o come *disjuncti*, il che però non dovea aver luogo che quando i collegatari volessero ottenere la porzione vacante, che allora doveano accettare con tutt' i pesi (28). Quando insieme coi legatarii con porzioni determinate ne erano nominati degli altri senza indicazione di parte, per ciò che rimaneva, il dritto di accrescimento, secondo le predette regole, non potea aver luogo che tra questi ultimi; mentre al contrario quando a questi ultimi era legata tutta

(23) Caj. II. 199.; Ulp. XXIV. 12.; L. 1. pr. § 3. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7.2.) L. 3. § 1. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. 33. L. 34. § 11. 12. D. *de legat.* I. (30.) L. 89. D. *de legat.* III. (32.)

(24) L. 89. D. cit. L. 34 pr. D. *de legat.* I. (30.)

(25) V. Nota 15. e 16.

(26) Caj. II. 206.; Ulp. XXIV. 13. Non si oppone L. 80. D. *de legat.* III. (32.), la quale parla semplicemente della divisione, ma non tocca il caso quando uno dei legatarii veniva a mancare.

(27) Caj. II. 206. 207.; Ulp. XXIV. 12.; L. 7. D. *de legat.* II. (31.)

(28) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (6. 51.) § 8. J. *de legatis.* (2. 20.). Naturalmente non è più a quistionarsi della preferenza dei *conjuncti* menzionata nella Nota 24.

la cosa, il dritto di accrescimento contro le ordinarie regole avea luogo per tutti (29) 4). Sul caso inverso quando da prima alcuno era nominato per l'intero, e di poi un altro per una parte del legato, era quistione tra i Giureconsulti Romani, ma secondo la decisione di Giustiniano, la cosa si dee riguardare come se anche il primo non fosse nominato che per la parte che rimane dall' altro (30).

4.° Da ultimo se ad un medesimo legato uno sia chiamato senza condizione, ed un altro con condizione, quegli provvisoriamente l'ottiene egli solo, e lo ritiene anche per intero, se la condizione viene a mancare per l'altro, anche quando fosse stata determinata la parte, che il nominato condizionalmente dovea avere (31). Ma in tutt' i casi l'accrescimento presuppone, che non vi sia alcuno, il quale abbia il dritto di entrare nel luogo del legatario mancante. Un siffatto dritto per legge non s'incontra che in tre casi, cioè quando concorrono le condizioni della *transmissio Theodosiana* (32), quando il legatario è divenuto indegno di succedere (33), e prima di Giustiniano eziandio quando avea luogo la caducità del legato (34). Intanto il testatore può sempre nominare dei sostituti (35). Il dritto civile antico riconosceva per verità solo una sostituzione volgare, ma per cagione dei fedecommessi, divenne possibile anche una sostituzione di altra specie, imperocchè siccome da indi in poi si potè imporre un fedecommesso non solo a ciascuno che avea ottenuto un legato, ma anche ai futuri eredi dei successori (36), così il testatore potè anche ordinare che un legato alla morte dell'onorato o in qualsivoglia altro tempo si desse ad un altro, anzi egli potè prescrivere una moltiplice o anche una perpetua successione di questa specie nel legato, nel qual caso ogni possessore attuale non godeva che degli utili del legato e ne avea soltanto il godimento. I più frequenti sotto questo rapporto sono i fedecommessi di famiglia, i quali in una famiglia debbono passa-

(29) L. 41. pr. D. *de legat.* II. (31.). Il testo parla in vero di un *legatum vindicationis*, ma i principii, che Giustiniano elevò a regola generale, non sono propriamente che i principii che valevano per questo legato.

(30) L. 23. pr. C. *de legat.* (6. 37.)

(31) L. 16. § 2. L. 53. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 6. § 1. L. 7. L. 8. pr. D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 30. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 1. § 9. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(32) L. un. C. *de his qui ante apert. tab.* (6. 52.) V. § 368.

(33) V. § 384.

(34) V. § 383.

(35) L. 50. pr. L. 64. L. 77. § 32. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. § 1. D. *de adim. leg.* (34. 4.) Nov. 1. c. 4.

(36) V. § 371. Nota 9. 10. 16.

re da una generazione all'altra (37). In tal caso, se il testatore non abbia stabilito chi si debba annoverar tra la famiglia, ed in qual ordine si debba succedere, allora si annoverano nella famiglia tutt'i parenti che si trovano vivi alla sua morte o i loro discendenti, i suoi generi e le nuore, e i liberti (38), ed ogni atttualo possessore del fedecommesso può stabilire qual membro della famiglia debba dopo la sua morte entrare nel suo luogo (39), colla semplice restrizione introdotta da Giustiniano, che i generi e le nuore non possono essere scolti a successori nel fedecommesso, che in mancanza di parenti, ed i liberti soltanto in ultimo luogo (40), e se un possessore non abbia nominato alcun successore, o abbia dosignato dei successori inammessibili, allora decide sulla successione la prossimità del grado di parentela (41). Gli oggetti di un fedecommesso di famiglia, quando sia neccessario pel pagamento dei debiti ereditarii, possono del pari che le altre cose legate essere alienate senza restrizione alcuna (42), ma fuori di questo caso vi si richiede il consenso di tutt'i membri esistenti nella famiglia (43). Colla morte dell'ultimo membro della famiglia, cui compete il dritto di successione, si estingue, come da sè s'intende, il legato, ed il suo oggetto si trasforma in libero patrimonio dell'ultimo possessore (44), e Giustiniano ha oltre a ciò disposto, che ogni fedecommesso familiare si estingua nella quarta generazione, e quindi debba sempre diventar libero patrimonio del quarto possessore (45). I legati, che sono lasciati ad uno di più coeredi insieme colla sua quota ereditaria, hanno parecchie particolarità:

1.° In quanto questi legati si debbano soddisfare da altri coeredi, o da legatarii o fedecommessarii non si prende generalmente in considc-

(37) L. 114. § 14-17. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 6. L. 67. pr. § 1-6. L. 69. § 3. 4. L. 77. § 27. 28. L. 78. § 3. D. *de legat.* II (31.) L. 38. pr. D. *de leg.* III. (32.) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.) Nov. 159.

(38) L. 32. § 6. L. 69. § 4. D. *de legat.* II. (31.) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.) Non si contiene alcuna contradizione per rispetto ai manomessi nella L. 83. § 1. D. *de legat.* III. (32.)

(39) L. 114. § 17. 18. D. *de legat.* I. (30.) L. 67. pr. § 2. D. *de legat.* II. (31.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(40) L. 5. C. *de V. S.* (6. 38.)

(41) L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.) L. 114. § 15. 16. D. *de legat.* I. (30.)

(42) L. 38. pr. D. *de legat.* III. (32.)

(43) L. 114. § 16. D. *de legat.* I. (30.) L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.) Confr. con L. 77. § 27. D. *eod.* L. 120. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(44) L. 78. § 3. D. *de legat.* II (31.)

(45) Nov. 159. c. 2. 3.

razione la circostanza che l'onoratò sia egli medesimo anche erede; intanto ha luogo una eccezione allorchè dei coeredi reciprocamente si debbono prestare dei legati, giacchè questi fino alla loro reciproca concorrenza non sono computati nella deduzione della quarta falcidia (46), ed in ciò anche quello che uno dà all' altro *implendae conditionis causa* viene assomigliato ad un legato (47).

2.° Ma quando il legato è, un prelegato, che un erede dee avere per anteparte dall'eredità, allora la cosa in alcuni rapporti va molto diversamente (48). 1) Nel prelegato tutt' i coeredi si ritengono come gravati a parti proporzionate, anche lo stesso prelegatario (49). Nondimeno, perchè vien riguardato come cosa contraria al buon senso, che alcuno dia a sè medesimo un legato , così non vale come vero legato se non la parte, che dee soddisfarsi dai coeredi, mentre al contrario la parte, che lo stesso prelegatario dee contribuire, non ha alcun valore , è *inutile legatum.* Per verità egli per regola ritiene anche questa parte , ma solo come una parte della sua quota ereditaria , il che può esser d' importanza pel computo della quarta falcidia , ed anche in parecchi altri rapporti (50); ma se a lui è aggiunto un collegatario , la parte invalida si accresce a costui (51). 2) Il dritto di pegno che colpisce le cose prelegate dee sciogliersi a spese dell'eredità (52), e 3) per far valere il legato compete al prelegatario l' *actio familiae herciscundae* (53). 4)

(46) L. 78. pr. D. *de her. Inst.* (28. 5.) L. 22. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 78. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. C. *fam. herc.* (3. 36.). Intorno all'applicazione di questo principio nei fedecommessi universali contenuta in questo ultimo passo veggasi § 373. Nota.

(47) L. 91. in fine D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(48) *Nieto* tract. de praelegatis in *Meermanni* Thes. T. VII. p. 645. seg. ; *Pfeiffer* Diss. de praelegatis Marburgi 1798. 4.; *Claussen* nel giornale giuridico di Schleswig-Holstein-Lauenburg della società degli Avvocati Anno 1845. p. 146. seg.

(49) L. 104. § 3-5. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. § 22. L. 26. L. 28. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(50) L. 116. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 6. D. *quod legator.* (43. 2.) L. 74. L. 86. L. 91. *D. ad leg. Falc.* (35. 2.) L. 18. § 3. D. *ad sct. Treb.* (36. 1.). Non si oppongono L. 34. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 18. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.), e che il prelegatario nella misura della quantità della sua quota ereditaria per rapporto ai debiti dell' eredità possa dedurre la porzione del prelegato che a lui stesso è ricaduta non si rileva dalla L. 1. C. *si cert. pet.* (4. 2.) L. 34. §. 3. *de legat.* III (32.). Di altra opinione è *Claussen* l. c. p. 173. seg.

(51) L. 34. § 11. 12. D. *de legat*, I. (30.). L'esatta lezione nel § 12. è *unciarium heredem*, e non già *unciarum heredem* Confr. anche L. 49. pr. D. *ad leg. Falc.* (35 2.)

(52) L. 28. L. 33. D. *fam. herc.* (10.2.) Caj. II. 220.)

(53) V. § 358. Nota 68.

Se una cosa prelegata viene evinta, il prelegatario non ha alcun dritto alla prestazione dell'evizione, se non quando anche egli dee contribuire ai prelegati fatti agli altri coeredi, nel qual caso egli può ritenere ciò che dovrebbe contribuire, se gli altri non vogliono prestargli alcun risarcimento (54). I collegatarii nel dubbio conseguiscono parti eguali nel prelegato, senza porsi mente alla quantità della loro quota ereditaria (55). Per la rinunzia dell' eredità il prelegato non va perduto più che se il prelegatario per altre ragioni non divenisse erede (56); ma la rivoca del legato da parte del testatore, siccome nei legati basta qualunque dichiarazione del mutamento della volontà, estingue il prelegato, anche quando non concorrano i requisiti necessarii alla rivoca di una istituzione di erede (57), e se il testamento è rescisso, non giova al prelegatario, che egli venga pure a succedere come erede intestato (58).

Limitazione dei legati.

§ 373. Per regola niuno è tenuto a soddisfare i legati al di là di ciò che trova nella successione, sulla quale questo peso è imposto (1), il che suolsi esprimere con la frase che niuno possa essere onerato più di quel che è onorato. Per conseguenza allorchè i legati, che un gravato dee soddisfare oltrepassano quell'ammontare, debbonsi tutt'insieme ridurre proporzionatamente di tanto quanto il bisogno richiede (2), nel

(54) L. 77. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

(55) L. 67. § 1. L. 101. § 5. D. *de legat.* I. (31.) L. 34. § 1. D. *de usu legato* (33. 2.) *Claussen* l. c. § 10.

(56) L. 87. D. *de legat.* I. (30.) L. 75. § 1. D. *de legat* II. (31.). Nell'ultimo passo non si vede altro che una espressione inconsiderata, o piuttosto erronea, quando si dice che il prelegato sossiste per quel che i coeredi dovrebbero soddisfare; imperocchè gli altri eredi hanno certamente *iure accrescendi* tutta intera l' eredità, e per conseguenza danno anche tutto il legato sulle loro quale ereditarie.

(57) L. 22. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 12. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(58) L. 22. D. *de legat. praest.* (37. 5.) L. 76. pr. D. *de legat.* II. (31.) Ciò naturalmente patisce un' eccezione nel caso in cui i legati, non ostante la rescissione del testamento, debbano rimanere, come avviene per l' invalidamento del testamento da parte degli eredi legittimarii, secondo la Nov. 115.

(1) § 1. J. *de sing. reb. per fideic. rel.* (2. 24.) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (28. 6.) L. 114. § 3. L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 70. § 1. L. 77. § 31. D. *de legat.* II. (31.) L. 11. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. § 17. 18. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(2) L. 18. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 80. D. *de legat.* I. 30.) L. 70. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 73. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

che non si fa eccezione neppure pei legati alle Chiese o agli Stabilimenti pii (3), e da quell'ammontare si deduce ancora ciò che il gravato secondo la volontà del testatore ha dovuto pagare per la successione (4), ed in generale ciò che la successione gli ha costato senza sua colpa (5), e se egli è un legittimario, anche ciò che gli appartiene come legittima (6). Ma han luogo dei principii alquanto diversi, quando sono stati gravati gli eredi, senza distinzione se sieno intestati o testamentari. Imperocchè:

1.° Se un erede abbia accettato senza il beneficio dell'inventario, secondo la prescrizione di Giustiniano egli è tenuto assolutamente e senza diminuzione pei legati non altramente che pei debiti sul suo proprio patrimonio (7).

2.° Ma se abbia fatto uso di quel benefizio di dritto, nel qual caso si applica nuovamente il dritto antico, allora 1) per determinare quanto egli possa prestare pei legati senza rimetter del suo, si riguarda lo stato dell'eredità alla morte del testatore, cosicchè le posteriori diminuzioni o gli accrescimenti vanno a suo solo vantaggio o danno (8). Da questo stato del patrimonio si deducono dipoi A. i dritti di patrimonio estinti colla morte del testatore (9), B. i debiti ereditarii, per quanto l'erede vi sia per legge tenuto, o per disposizione del testatore ne sia stato incaricato (10), C. le spese funebri per le esequie del testatore, ma non già anche per un monumento volontariamente erettogli (11), D. le spese della successione (12), tra le quali però qui non si dee più annoverare ciò che l'erede debba dare *implendae conditionis causa* (13), e

(3) Non si oppone la Nov. 131. c. 12; la quale dispensa soltanto questi legati dalla deduzione della quarta falcidia, e ciò sotto alcune condizioni.

(4) L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.). Per gli eredi ciò attualmente è diverso V. Nota 13.

(5) V. Nota 12.

(6) V. § 349. Nota 25. Non ostante la Nov. 115. ciò può anche incontrarsi pei legatarii, allorchè questi spontaneamente si contentano di un legato come porzione legittima.

(7) L. 22. § 12. 14. C. *de jure delib.* (6. 30.) Nov. 1. c. 2. V. § 357.

(8) § 2. J. *de lege Falcid.* (2. 22.) L. 3. pr. § 1. L. 9. pr. L. 30. § 2-4. L. 56. pr. L. 73. pr. D. *eod.* Nondimeno l'erede dee computare a vantaggio dei legatarii le cose che al tempo della morte erano perdute, ma di poi furono ricuperate L. 43. D. *eod.*

(9) L. 32. pr. § 1. D. *eod.*

(10) Paul. S. R. IV. 5. § 6.; L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. L. 53. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. L. 69. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 6. L. 16. C. *eod.* (6. 50.) § 3. J. *eod.*

(11) § 3. J. cit. L. 1. § 19. D. *eod.* L. 14. § 3. D. *de relig.* (11. 7.) Paul. l. c.

(12) L. 72. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 9. C. *de jure delib.* (6. 30.)

(13) La L. 122. § 2. D. *de legat.* I. (30.) fu mutata per gli eredi dalla L. 18. C. *ad leg falc.* (6. 50.) V. Nota 55.

E. il valore degli schiavi manomessi per testamento, o per altra cagione divenuti liberi in seguito della morte del testatore (14). E qui, per rapporto ai crediti e debiti proprii dell'erede verso la massa, non si dee far conto della confusione avvenuta (15), e tutto si dee stimare secondo il suo vero valore (16), la qual cosa per le obbligazioni può tornar molto difficile. Le obbligazioni condizionali o sono da valutarsi secondo il possibile prezzo di vendita, o si debbono provvisoriamente mettere da banda, nel qual caso, se la condizione si verifica, divien necessario un computo novello (17), ma le obbligazioni aggiornate si debbono computare immediatamente con la deduzione dell' *interusurium* (18). Le obbligazioni correali, se i correi sieno soci, si dividono in porzioni virili secondo il loro numero, altrimenti si trattano come obbligazioni condizionali (19). Delle semplici obbligazioni naturali non si tien conto se non quando si possono far valere per via di compensazione (20); e i crediti non sicuri non si stimano che pel loro probabile valore (21), salvo quando l'erede medesimo sia il debitore (22), o quando ad un debitore siasi legata la rimessione del debito (23). Dopo che si è stabilito a questo modo l'ammontare del patrimonio disponibile pei legati, 2) l'erede ha il dritto di dedurne un quarto, come quarta falcidia (24), salvo se egli avesse tentato di occultare o di sottrarre qualche parte dell'eredità a danno dei legatarii, nel qual caso per pena può ritenere la quarta solo sul rimanente e non già sul patrimonio occultato (25). I principii intorno a ciò sono più convenientemente svolti nella risoluzione delle seguenti quistioni. 1) *Chi può dedurre la quarta falcidia?* I gravati diversi dall'erede, e gli stessi fedecommessarii uni-

(14) L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. D. *de legat.* II. (31.) L. 39. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) § 3. J. *eod.* Paul. l. c. Confr. § 125. n. II.

(15) L. 1. § 18. L. 87. § 2. D. *eod.* L. 6. pr. C. *eod.* L. 41. § 2. D. *de evict.* (21. 2.)

(16) L. 42. L. 62. § 1. L. 63. pr. § 2. D. *ad leg. falc.* (35, 2.)

(17) L. 56. § 1. L. 73. § 1. L. 76. pr. D. *eod.*

(18) L. 66. pr. L. 73. § 4. D. *eod.*

(19) L. 62. pr. D. *eod.* La ragione è che soltanto nel caso della società ricade sicuramente una porzione virile a ciascun *correus*, ma in altro caso al contrario può spettare o tutto per intero, o nulla.

(20) L. 1. § 17. L. 21. pr. L. 56. § 2. D. *eod.*

(21) L. 56. § 1. L. 63. § 1. L. 82. D. *eod.*

(22) L. 56. pr. § 1. D. *eod.*

(23) L. 22. § 3. L. 82. D. *eod.*

(24) Pr. § 1. 3. J. *eod.* L. 1. pr. § 13. L. 11. § 5. L. 18. pr. L. 71. D. *eod.*

(25) L. 24. pr. L. 68. § 1. D. *eod.* L. 6. L. 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

versali non hanno alcun dritto a questa quarta (26), ma soltanto, se ad essi sia stata dall'erede detratta qualche cosa, o avrebbe potuto esser detratta, allora secondo la misura di questa deduzione avvenuta o rimessa, possono anch'essi proporzionatamente diminuire i legati, che essi stessi debbono soddisfare (27), nondimeno ciò non si può nei legati annui (28), e nel legato della libertà (29). Per contrario gli eredi di ogni specie hanno il dritto a ritenere la quarta. In verità la *lex falcidia* riguardava soltanto gli eredi testamentarii, perchè allora solo costoro poteano essere gravati (30), e l'estensione della quarta falcidia ai fedecommessi introdotta dal *Sctum Pegasianum* (31) dovè riguardare del pari solamente la successione testamentaria, imperocchè Antonino il Pio fu il primo a concedere anche agli eredi intestati la deduzione della quarta dai fedecommessi loro imposti (32). Ma ora per questa ampliazione tutti gli eredi hanno ottenuto un dritto alla quarta, non escluso il Sovrano, sebbene gl'Imperadori Romani come eredi non solessero fare alcuna deduzione (33). Solo non ha luogo la deduzione della quarta nella successione dei soldati (34), o quando l'erede gravato di un fedecommesso universale si è lasciato costringere ad accettare (35), e, secondo la disposizione di Giustiniano, ancho quando il testatore l'abbia vietata (36), mentre da prima ogni disposizione che si opponeva alla *lex falcidia* era nulla (37). Godono a questo riguardo dello stesso dritto che gli eredi anche coloro che son subentrati in luogo di un erede (38), anche il compratore dell'eredi-

(26) L. 47. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Intanto il fedecommessario universale può talvolta far la deduzione in luogo dell'erede L. 1. § 19. L. 3. pr. L. 55. § 2. L. 63. § 11. D. *eod.* V. § 388. Nota 104.

(27) L. 32. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 11. 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(28) L. 21. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 25. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(29) L. 97. D. *de legat.* I. (30.)

(30) V. § 311.

(31) V. § 312. Nota 34.

(32) L. 18. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Confr. L. 6. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(33) L. 30. § 4. 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(34) L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 17. L. 92. L. 96. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 7. C. *eod.* (6 50.)

(35) L. 4. L. 11. § 4. L. 27. § 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(36) Nov. 1. c. 2. § 2.

(37) L. 81. § 4. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 1. 8. L. 27. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 11. C. *eod.*

(38) V. § 368. e L. 2. § 2. D. *si quis aliquem testari prohib. vel coeg.* (28. 6. L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

tà (39). Nel caso che vi siano più eredi, ciascuno può computare la quarta sulla sua parte ereditaria, senza riguardare se e fino a qual punto gli altri siano gravati o no (40), e se più eredi disugualmente gravati debbono contribuire ad un legato, allora uno non è tenuto di rifondere ciò che l'altro deduce (41). Se un erede è nel tempo stesso legittimario, allora per verità può sempre dedurre o la quarta falcidia, o la legittima, secondochè questa o quella sia più vantaggiosa, ma non può fare una doppia deduzione (42), ma se un erede per diritto di accrescimento, sostituzione, trasmissione etc. possegga più quote ereditarie, che siano diversamente gravate, allora queste per rispetto alla quarta talvolta son riguardate come un tutto, talvolta no. A. Si riguardano come un tutto: a. quando un erede condizionalmente o senza condizione è stato istituito in più porzioni (43), al che si riferisce anche il caso che egli insieme colla sua quota ereditaria ne ottenga una seconda per effetto di una sostituzione volgare, o che alcuno come sostituto volgare entri in luogo di più eredi (44); b. quando alcuno nominato sostituto pupillare di più figliuoli del testatore sia succeduto a costoro (45), ed in certo senso anche c. quando sieno stati imposti dei legati così al sostituto pupillare come al figliuolo cui è sostituito, nel qual caso, se egli perviene alla successione, può e deve riguardar tutti questi legati come imposti a lui, e quindi fare la deduzione della quarta, anche quando il pupillo medesimo abbia di già soddisfatti quelli che a lui erano imposti (46). B. Per contrario l'erede è tenuto a compensare la deduzione che dee fare nella sua propria porzione ereditaria col sopravvanzo della porzione, che gli si viene ad aggiungere, ma non già viceversa anche la deduzione che per quest'ultima si dovesse fare, col sopravvanzo della sua propria porzione, quando a. un erede del testatore sia succeduto in qualità di sostituto pupillare ad un figliuolo insieme con lui istituito erede (47), o b. ad un erede sieno accresciute le

(39) L. 71. D. *ad leg. Falc.* (35. 2.)

(40) L. 77. L. 80. pr. D. *eod.* § 1. J. *eod.*

(41) L. 33. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(42) Paul. S. R. IV. 5. § 5. L. 8. § 9. 11. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 32. C. *eod.* (3. 28.). Il diritto canonico ha mutato ciò cap. 16. 18. X. *de testam.* (3. 26.)

(43) L. 1. § 13 L. 11. § 7. L. 87. § 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(44) L. 1. § 13. L. 87. § 4. D. *eod.*

(45) L. 14. § 2. D. *eod.*

(46) L. 11. § 5. 7. L. 31. L. 79. L. 80. pr. D. *eod.* L. 1. § 2. D. *si cui plusquam per leg. falc.* (35. 3.) *Stemann* Sul computo della quarta falcidia pei sostituti nel seguito della Temi di *Elvers* vol. I. n. 10.

(47) L. 11. § 5. 7. L. 87. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

quote ereditarie di altri eredi, sebbene su questo punto i Sabiniani fossero stati per qualche tempo di opinione diversa (48), o c. un erede abbia nella sua potestà un coerede, e per tal modo acquisti anche la porzione di costui (49). C. Chi poi posteriormente è divenuto erede o altramente successore universale di un coerede, per rispetto alla quarta può interamente separare le due quote ereditarie (50), e questo principio deve applicarsi ogni volta che un erede viene per trasmissione anche nel luogo di un suo coerede, imperocchè egli allora del pari prende il posto del coerede per una ragione indipendente dal suo proprio dritto ereditario (51). 2) *Da che si dee dedurre la quarta*? Oltre ai proprii legati d'ogni maniera (52) per disposizione di Settimio Severo son soggette alla deduzione della quarta falcidia anche le donazioni per causa di morte (53), comprese anche le donazioni tra conjugi (54) convalidate per la morte del donante, e Giustiniano permise eziandio la deduzione da ciò che un erede dee dare *implendae conditionis causa* (55). In generale qui non è d' importanza qual sia l' oggetto del legato, o quale la persona dell'onorato (56). Nondimeno sono esenti dalla deduzione A. il legato della libertà (57), B. la *dos relegata* (58), C. il legato alla moglie del testatore di quelle tali cose che si erano acquistate per lei (59), D. il legato di quelle cose che non hanno un valore pecuniario (60), E. i fedecommessi familiari per effetto del peso imposto all'erede di non alienare certe cose per bene della famiglia (61), F. i legati alle Chiese ed agli Stabilimenti pii, quando l'erede falsamente abbia negato di poter soddisfare il legato (62), G. i fede-

(48) L. 1. § 14. L. 11. § 6. L. 78. L. 87. § 4. D. *eod.*

(49) L. 21. § 1. L. 25. pr. D. *eod.*

(50) L. 1. § 15. D. *eod.*

(51) La trasmissione qui è presa nel senso più ampio del § 168., e quindi racchiude il caso che una porzione ereditaria come *caducum* o *ereptitium* ricada ad un altro.

(52) V. § 311. Nota 31. § 312. Nota 34.

(53) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 5. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 15. pr. D. *eod.* (35. 2.) L. 27. D. *de don. mort. causa* (39. 6.) L. 77. § 2. D. *de legat.* II. (31.)

(54) L. 32. § 1. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.) L. 12. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(55) L. 18. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(56) L. 1. § 6-8. L. 28. L. 89. pr. D. *eod.* L. 4. L. 6. § 1. C. *eod.*

(57) L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 33. L. 34. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(58) L. 81. § 1. D. *eod.* L. 1. § 13. L. 2. pr. § 1. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

(59) L. 81. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(60) L. 15. C. *eod.* (6. 50.)

(61) L. 54. D. *eod.* Auth. *Sed et* C. *eod.* Nov. 119. c. 11.

(62) Auth. *Similiter* C. *eod.* Nov. 131. c. 12. La L. 49. § 2. C. *de episc.* (1. 3.),

commessi taciti, che per pena l'erede dee dare al Fisco (63), H. i legati, che l'erede ha tentato di far divenire invalidi (64), J. i legati che il testatore una volta soldato abbia ordinati come tale (65), e K. i legati, per riguardo ai quali o il testatore ha vietata la deduzione (66), o l' erede ha rinunziato alla quarta (67), o nella vendita dell' eredità ha convenuto che non si dovesse dedur nulla dai medesimi (68). Allorchè sono ordinati dei legati altri soggetti alla deduzione ed altri esenti, allora se eccedono l'ammontare della massa da prima tutti vengono per una proporzionata diminuzione ridotti a quest'ammontare, e di poi si computa la deduzione sopra i singoli legati, come se da tutti si potesse dedurre qualche cosa (69), giacchè la deduzione dee sempre proporzionalamente ripartirsi fra tutti (70), senza che un erede con una maggiore riduzione possa addossare agli altri legatarii ciò che egli forse non ha ritenuto o non ha potuto ritener da un altro (71). 3) *Come si debbono valutare i legati?* Per la valutazione dei legati a fine di far la deduzione valgono le seguenti regole: A. Tutti gli oggetti legati debbono essere stimati a giusto valore secondo il loro stato alla morte del testatore (72), se il testatore medesimo non ne abbia determinato il valore (73), B. i legati ai coeredi, dai quali l'erede ot-

dalla quale si è voluto dedurre un' assoluta esenzione dei *legata ad pias causas* ricusa soltanto ad un *dispensator* il dritto alla quarta. Intorno alla quistione se anche i *legata ad Deos* fossero esentati, Paolo apparentemente si contradice nella L. 1. § 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.), in cui egli è per la negativa, e nelle R. S. IV. 3. § 3., in cui è per l'affermativa; ma quest' ultimo passo è senza dubbio da intendersi non già dei legati ma dei voti. come il mostra l'usata espressione *dona Deorum*, e principalmente la circostanza che questi doni si assomigliavano ai debiti.

(63) V. § 372. Nota 6-8.

(64) L. 59. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(65) L. 17. D. *eod.* L. 17. § 4. L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) L. 92. D. *de lege falc.* (35. 1.)

(66) Nov. 1. c. 2. § 2.

(67) L. 46. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(68) L. 71. D. *eod.*

(69) L. 17. L. 73. § 5. D. *eod.* L. 17. § 4. L. 18. pr. D. *de test. mil.* (29. 1.) Nov. 131. c. 12. Confr. *Schirach* nell' Arch. per la prat. civ. vol. II. n. 26.

(70) § 3. J. *de lege falc.* (2. 22.) § 5. J. *de fideic. hered.* (2. 23.) L. 2. L. 6. § 1. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(71) L. 6. § 2. C. *eod.* Nov. 1. c. 3. Una singolare eccezione incontrasi nella L. 5. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(72) L. 30. § 4. L. 42. L. 62. § 1. L. 63 pr. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(73) Anticamente ciò non si poteva L. 15. § 8. D. *eod.* L. 81. § 4. D. *de legat.* I. (30.), ma da che il testatore potè vietare assolutamente che si deducesse la quarta Nov. 1. c. 2. § 2., dovè anche aver la facoltà di fare il medesimo indirettamente mediante una determinazione del valore.

tiene parimente un legato, o qualche cosa pel legato adempiuto, non vengono in computo, se non per quel tanto che il loro valore non è coperto da ciò che si è ricevuto (74). C. I legati a quelle tali persone, che non possono essere onorate se non fino ad una certa misura (75), sono nondimeno provvisoriamente portati in conto per l'intero, e soltanto allorchè la deduzione da stabilirsi di poi non li riduce all' ammontare permesso, può l'erede ridurre ancora quel che è legato di più (76). D. Del pari i legati, che si debbono adempiere dopo un certo tempo, si debbono portare in conto pel loro pieno valore, ma l'erede dee computare nella sua quarta e per tal ragione dee valutare il prodotto, che egli può ritrarre dalle cose legate fino al tempo della scadenza (77). E. I legati condizionali al contrario provvisoriamente non son considerati, ma se la condizione si verifichi di poi, dee farsi una nuova computazione della quarta (78), nel che pertanto l'utile ritratto nell'intervallo dalle cose legate sotto condizione si dee parimente imputar nella quarta (79), e per questa possibile doppia computazione di quarta quelli, che hanno immediatamente ottenuto i loro legati, debbono all'erede prestar cauzione di restituire il dippiù che hanno ricevuto, se posteriormente pei legati condizionali si rendesse necessaria un altra deduzione (80), il che si applica eziandio pei legati soddisfatti da un pupillo, quando a lui sia stato nominato un sostituto pupillare, il quale debba anche soddisfar dei legati (81), imperocchè, quando il sostituto perviene alla successione, può riunire tutt'i legati imposti al pupillo con quelli a lui medesimo imposti, i quali ultimi per conseguenza nel rapporto coi primi appariscono come condizionali (82). F. I legati perpetui di prestazioni annuali sono elevati a capitale, risguardandosi la prestazione annuale come un interesse del quattro per 100, e se dal capi-

(74) L. 78. pr. D *de her. inst.* (28. 5.) L. 22. pr. L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. L. 63 § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. C. *fam. herc.* (3. 36.) V. § 372. Nota 46. 47.

(75) V. § 309. 318.

(76) L. 67. D. *ad leg. f lc.* (35. 2.)

(77) L. 24. § 1. 2. L. 45. pr. L. 66. pr. L. 73. § 4. D. *eod.* L. 58. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L 70. § 1. D. *de legat.* II. (31.). Una eccezione si contiene nella L. 6. C. *eod.* (6. 49.) V. Nota 110.

(78) L. 73. § 1. L. 88. § 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(79) L. 15. § 6. L. 88, § 3. D. *eod.*

(80) L. 1. § 16. L. 31. L. 45. § 1. L. 73. § 2. D. *eod.* L. 1. 7. D. *si cui plus* (35. 3.) L. 2, C. *de usur. et fruct. leg.* (6. 47.)

(81) L. 31. L. 80. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(82) L. 79. D. *eod.* V. Nota 45.

tale così ricavato si dee dedur qualche cosa, si diminuisce proporzionatamente la prestazione annuale (83). G. I legati di prestazioni annuali per un dato numero di anni sono al contrario da trattarsi come tanti legati condizionali, cosicchè dall'obbietto di ogni termine si dee stimare il prodotto del tempo intermedio, ed imputarlo nella quarta (84). H. Nella stessa guisa si procede pei legati di prestazioni annuali vitalizie, se non che qui secondo una probabile computazione viene in prima determinato quanto potrà vivere il legatario, e per conseguenza quante annualità dovrà pagare l'erede (85), ma qui però se il legatario di poi abbia una vita più lunga o più breve, si dee correggere il computo già fatto (86). I. Nei legati che tolgono agli eredi solo temporaneamente il godimento delle cose, come il *legatum usus* ed *ususfructus* bisogna stimare che valore abbia nell' intero il godimento, di cui l'erede è privato, e so sono stati lasciati al legatario durante la sua vita, in tal caso si dee determinare anche qui la probabile durata della vita di costui (87). K. Il *legatum liberationis* dee valutarsi secondo il pieno valore del debito rimesso (88). L. Ma il legato di un credito non si dee stimare che secondo il valore che si può ottenere dal debitore (89). M. Il *legatum debiti* si computa per quel tanto che arreca di vantaggio al legatario (90). N. Il legato di poter per un determinato prezzo comprare una cosa dall'erede ovvero venderla al medesimo dei pari non si valuta che in quanto si contenga in ciò un vantaggio pel legatario (91). 4) *Come si effettua la deduzione?* Allorchè secondo i principii fin qui esposti è da farsi una deduzione, i legati s' intendono ridotti *ipso jure* a tanto di meno (92); e però A. l'erede che si trova tuttora in possesso può ritenere quel tanto che gli spetta, o se l' oggetto del legato non comporta una tale immediata deduzione, può richiedere dall'onorato il pagamento dell' ammontare, e ritenersi il legato, finchè questo non segua (93). B. Ma so l'onorato ha di già conseguito il legato, allora per

(83) L. 3. § 2. D. *eod.*
(84) L. 4. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 10-12. D. *quando dies* (36. 2.)
(85) L. 68. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(86) L. 1. § 16. L. 47. pr. L. 55. D. *eod.* L. 5. D. *de annuis leg.* (33. 1.)
(87) L. 8. D. *eod.* L. 1. § 9. L. 68. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(88) L. 22. § 4. D. *eod.*
(89) L. 22. § 5. D. *eod.*
(90) L. 1. § 10. L. 5. D. *eod.* L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.)
(91) L. 19. L. 30. § 1. L. 87. pr. D. *ad leg falc.* (35. 2.)
(92) L. 73. § 5. D. *eod.* L. 1. § 5. D. *quod legator.* (43. 3.)
(93) L. 1. § 9. L. 7. L. 15. pr. L. 16. L. 23. L. 56. § 4. L. 80. § 1. L. 81. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 18. C. *eod.* (6. 50.)

l'ammontare della deduzione compete all'erede un'*actio* in *factum*, la quale azione non si prescrive che in trent' anni (94). Per le cose divisibili l' erede può anche revindicare la parte, che gli spetta (95), e se l' onorato ha ottenuto il possesso senza il suo consentimento, può anche per sua sicurezza richieder l' intero con l' *interdictum quod legatorum* (96). Intanto cessa il dritto a farsi pagare posteriormente la quarta allorchè a. l'erede nell' intenzione di rinunziarvi adempie il legato senza deduzione (97), o allorchè b. egli trattandosi di un legato per causa di beneficenza, per ignoranza di dritto ha tralasciato di far la deduzione. Questo principio secondo il dritto antico valeva per tutt' i legati *per damnationem* e da Antonino Pio fu esteso eziandio ai fedecommessi (98); ma Giustiniano lo restrinse ai legati ad *pias causas* (99). 5) *Che cosa deve l'erede imputar nella quarta* ? Su di ciò vale la regola semplice che l'erede deve imputare tutto ciò che possiede *jure heredis* come parte della sua eredità (100), in quanto ciò non sia un accrescimento dell' eredità sopravvenuto dopo la morte del defunto (101), per contrario può ritenere insieme colla sua quarta tutti gli altri acquisti per occasione di morte (102). Secondo ciò si dee per certo imputare un legato non acquistato dall'onorato, e che per conseguenza è rimasto all'erede, perciocchè l'erede lo ritiene come tale (103), come pure ciò che l' erede medesimo dee contribuire in un prelegato ricevuto (104), e non meno ciò che, vivente il testatore, ha ottenuto come anticipazione sulla futura eredità (105), ma non già anche la parte di un prelegato dovuto dai coeredi (106), nè ciò che altri debbono dare all' erede come legato, o come condizione della loro suc-

(94) L. 77. § 2. 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 58. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 68. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36, 1.)

(95) L. 26. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2. L. 18. C. *eod.*

(96) V. § 374. n. VII.

(97) L. 9. L. 19. C. *eod.*

(98) Caj. II. 283.; L. 9. § 5. D. *de jur. et facti ignor.* (22. 6.) Confr. Ulp. XXIV. 33.; Paul. S R. III. 6. § 94. L. 9. C. *ad leg. falc.* (6. 50.)

(99) § 7. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3, 27.). Questa innovazione trovasi solamente nelle istituzioni, e verisimilmente ebbe luogo per le mani dello stesso Giustiniano.

(100) L. 74. L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(101) V. Nota 8.

(102) L. 74. L. 76. pr. L. 86. L. 91. D. *eod.* L. 78. § 13. D. *ad Sct. Treb.* (36, 1.)

(103) L. 50-52. L. 76. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(104) V. § 372. Nota 50.

(105) L. 56. § 5. D. *eod.*

(106) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

cessione, *implendae conditionis causa* (107). Intorno a ciò non s'incontrano che tre eccezioni. A. Cioè l'erede dee imputare nella sua quarta i frutti, ed in generale il profitto che ha ritratto dagli stessi oggetti legati, sebbene questo profitto non meno che quello ricavato da altri oggetti ereditarii appartenga agli accrescimenti posteriori dell' eredità (108). Non per tanto in ciò si osserva anche la conseguenza che l'erede è tenuto soltanto ad imputare il profitto ritratto prima della scadenza del legato, e non già anche quello, che abbia fatto per l' indugio della domanda del legato, sebbene anche questo profitto rimanga a lui, imperocchè egli solamente quel primo si appropria in forza del suo dritto ereditario, ma quest'ultimo non è che un guadagno accidentale cagionato dalla trascuraggine dell' onorato (109). Oltre a ciò avvi anche l'eccezione, che Zenone rilasciò in tutto l' imputazione dei frutti e degli utili ai discendenti del defunto, i quali dovessero pagar dei legati ad altri discendenti (110). B. Il testatore può imporre all' onorato di pagare all'erede in tutto o in parte l' ammontare della deduzione, che per avventura si dovesse fare, nel qual caso, secondo la decisione di Adriano, ciò che in questo modo si è pagato tien luogo della deduzione, e per conseguenza si dee imputare nella quarta come s'imputerebbe ciò che altrimenti si sarebbe dovuto dedurre (111). C. Da ultimo il testatore può disporre che l' erede debba imputare nella quarta anche ciò che ha ricevuto da altri per legati, o *implendae conditionis causa* (112), ovvero che nella valutazione della massa non debba dedurre da questa i suoi proprii crediti contro il testatore (113). Principi perfettamente eguali troviamo nella deduzione della quarta falcidia dai fedecommessi universali, cioè della così detta *quarta Trebellianica* s. *Pegasiana* (114). Imperocchè non vi ha nulla di singolare se non in apparenza A. quando il testatore ha imposto all'erede di restituire la sua eredità ritenendo una quota più o meno grande, ovvero tali o tali al-

(107) L. 30. § 7. L. 60. pr. L. 74. L. 76. pr. L. 91. D. *eod.*

(108) L. 15. § 6. L. 18. § 1. L. 24. § 1. 2. L. 73. § 4. L. 88. § 3. D. *eod.* L. 58. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(109) L. 22. § 2. L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 24. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(110) L. 6. pr. § 3. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.)

(111) L. 93. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Antonino Pio espressamente ammise la stessa cosa pei fedecommessi universali L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(112) L. 75. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(113) L. 12. D. *eod.*

(114) *Lindelof* nell' Arch. per la prat. civ. vol. IV. n. 30.

tre cose, il che in altri termini torna lo stesso che se si fosse detto che l'erede dovesse restituire un tanto della sua eredità come fedecommesso universale, dove s'intende di per sè, che ciò che gli rimane, egli lo ritiene come erede, e quindi deve imputarlo nella quarta (115), ed è del pari solo apparente B. una seconda differenza, la quale proviene da ciò, che sebbene il fedecommesso universale sia un legato per l'erede gravato, pure il fedecommessario universale si ritiene anche come erede (116), il perchè quando l' erede ottiene alla sua volta dal fedecommessario un legato o un *datum implendae conditionis causa* questo, secondo la regola che i legati reciproci tra gli eredi fino alla rispettiva concorrenza non si mettonò a conto (117), si deduce dal fedecommesso, e per conseguenza solo allorchè il fedecommesso valutato con questa deduzione lede tuttora la quarta, può dedursene ciò che manca ad essa (118). Del rimanente finchè fu in voga la disposizione del *Sctum Pegasianum*, che il fedecommessario universale, al quale si dovesse fare una deduzione, si dovesse riguardare, nel modo medesimo che per l'antico dritto, come un semplice *legatarius partiarius* (119), ciò pei prelegati all' erede gravato avea l'effetto che, allorchè il fedecommesso ledeva la quarta, tutta la parte del prelegato, che ricadeva sulla porzione ereditaria come quella che costituiva una parte della porzione ereditaria dovea imputarsi nella quarta; per contrario quando il fedecommesso non oltrepassava 3/4 della quota dell'erede, e quindi il fedecommessario si riteneva come coerede, una quota del prelegato corrispondente al fedecommesso era riguardata come proveniente dal fedecommessario (120); ma dopochè Giustiniano ebbe abolita questa disposizione e dichiarato generalmente per coerede il fedecommessario, il prelegato si dovè sempre riguardare in quest' ultima guisa. L' erede per garentirsi dalla risponsabilità e dalle quistioni, appena viene in contesa la deduzione di una quarta, può domandare la nomina di un arbitro per fare la stima del patrimonio, e la computazione della quarta (121).

(115) § 9. J. *de fideic. her.* (2. 23.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

(116) V. § 312. Nota 23.

(117) V. § 372. Nota 46. e 47.

(118) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 63. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 21. C. *fam. herc.* (3. 36.)

(119) V. § 312. Nota 35.

(120) L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(121) L. 1. § 6. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.)

III. Dritti ed obbligazioni del gravato

§ 374. Sebbene per verità l'onorato apparisca principalmente come investito di dritti, ed il gravato apparisca essenzialmente come obbligato soltanto, nondimeno anche a quest'ultimo competono più dritti importanti verso il primo:

1.° Finchè il gravato non sia in mora appartengono a lui tutt'i frutti ed utili delle cose legate quando questi non sieno stati anch' essi espressamente legati (1), e qui anche egli cade in mora non già per la semplice scadenza del legato (2), ma soltanto allorchè è stato invano avvertito dall'onorato (3), eccetto pel legato della libertà e pei legati alle Chiese ed agli Stabilimenti pii, pei quali la mora ha luogo *ex re*.

2.° Durante il tempo che i frutti e gli utili appartengono al gravato egli veramente dee sopportare anche le spese ordinarie di mantenimento, come pure le imposte, ed i pesi delle cose legate, ma se anche posteriormente abbia fatto simiglianti spese, o se le spese fatte sulla cosa sieno di altra specie, debbono venirgli rimborsate, e secondo la decisione di Antonino Pio egli può per quest' oggetto proporre anche la *condictio sine causa*, se abbia di già adempiuto al legato (4).

3.° Del pari si debbono rimborsare al gravato le spese, che l'adempimento del legato senza sua colpa ha cagionate (5).

4.° Se dei dritti dell'erede sulle cose legate si sieno estinti per confusione, l'onorato è tenuto a ristabilirli (6), eccetto quei tali dritti, che il gravato dovrebbe redimere quando appartenessero ad un terzo (7).

5.° Di più l'onorato dee naturalmente liberare il gravato dalle obbli-

(1) Caj. II. 280.; Paul. S. R. III. 8. § 4.; L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 78. § 2. L. 87. § 1. D. *de legat.* III. (31.) L. 18. § 1. L. 45. pr. L. 73. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. 5. L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1. L. 2. L. 4. C. *de usur. et fract. legat.* (6. 47.)

(2) L. 24. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 2. L. 63. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(3) Paul. I. c. « ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt. Mora autem fieri videtur cum postulanti non datur ». V. § 224. Nota 51. e 52.

(4) L. 39. § 5. L. 58-60. D. *de legat.* I. (30.) L. 19. § 2. L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. § 1. D. *de censib.* (50. 15.)

(5) L. 39. pr. L. 108. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 8. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(6) L. 18. D. *de serv.* (8. 1.) L. 70. § 1. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (30.)

(7) L. 76. § 2. D. *de legat.* II. (31.) Confr. § 379. Nota 30-32.

gazioni, che questi per cagione della cosa legata è stato obbligato di addossarsi, purchè non gli si possa imputare alcuna colpa (8).

6.° Se un legato viene adempito prima che sia fermato quanto propriamente si debba prestare, allora il gravato conformemente all' editto del Pretore può chiedere una cauzione mediante fidejussori, a cagione della restituzione che per avventura potrà aver luogo (9), ed Antonino Pio gli concedè non solo di poter far valere questo dritto mediante la ritenzione del legato, ma di potere anche dopo l' adempimento domandare la prestazione della cauzione (10). Per lo più la quarta falcidia dà occasione a questa cauzione, spezialmente pei legati condizionali (11), ma nondimeno essa ha anche luogo, quando l'ammontare di un legato è incerto per altre ragioni (12), e per conseguenza può esser richiesta anche (13) da gravati che non sono eredi (14), come pure per legati che non vanno soggetti ad alcuna deduzione della quarta, ma il dritto alla cauzione cessa quando l'onorato sia il Fisco (15), e secondo i Rescritti di Antonino Pio, Marco Aurelio, e Commodo, anche quando l'onorato dee impiegare il legato a beneficio di altri (16), quando non sono stati legati che gli stretti alimenti (17), e quando è troppo difficile per l'onorato di procurarsi la debita sicurtà (18). Se l'oggetto del legato perisce presso il legatario senza sua colpa, allora non gli si può chiedere niuna restituzione e per conseguenza si estingue ezlandio la cauzione prestata (19).

7.° L'Editto concedè al gravato un dritto speciale quando l'onorato senza suo consenso fosse entrato in possesso delle cose legate, giacchè egli allora potea costringerlo alla restituzione delle cose, al qual fine gli fu dato l'*interdictum quod legatorum* (20), il quale si può dirigere

(8) Se p. es. l'erede nell' intervallo avesse lasciato divenir rovinosa una casa legata *ex die*, e per questo avesse dovuto prestare ad un vicino una *cautio damni infecti*, non vi sarebbe alcuna ragione di trasferire questa obbligazione nel legatario.

(9) L. 1. § 16. L. 31. L. 45. § 1. L. 73. § 2. 3. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. pr. § 4. 6. 7. 9. 11. L. 3. § 1. L. 4. pr. L. 5. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.) L. 2. C. *de usur. et fruct. leg.* (6. 47.)

(10) L. 3. § 5. 10. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(11) V. § 373. Nota 80.

(12) L. 1. § 4. 13. L. 4. D. *eod.*

(13) L. 1. § 13. D. *eod.*

(14) L. 3. § 5. D. *eod.*

(15) L. 1. § 11. 12. D. *eod.*

(16) L. 7. D. *eod.*

(17) L. 3. § 4. D. *eod.*

(18) L. 6. D. *eod.*

(19) L. 1. § 15. L. 2. L. 3. pr. D. *eod.*

(20) L. 1. § 2. 3. 11-15. D. *quod legator.* (23. 3.)

contro il legatario ed i suoi successori (21). Anche quando il legatario per cagione di non essersi prestata la cauzione, *legatorum servandorum causa*, sia stato immesso dal Giudice nel possesso, può l'interdetto aver luogo se o la causa della immissione cessi posteriormente per la prestazione della cauzione, o non vi sia stata alcuna legittima cagione per l'immissione (22). Di più il consentimento dato da uno o da alcuni fra più gravati per la presa di possesso non esclude gli altri dall'interdetto (23). Se il convenuto per sua colpa non può restituire la cosa, dee ristorare l'interesse (24), ed allora per verità si dee far la pruova di quest'interesse, mentre al contrario non si trova che si fosse dovuto altronde provar l'interesse al possesso della cosa, a cagione di possibili deduzioni o per altre ragioni. S'intende poi da se che il legatario il quale abbia fatto uso di mezzi illeciti di privata autorità può per pena perdere il suo dritto al legato (25). Per ciò che riguarda le obbligazioni del gravato, queste nei diversi legati sono in parte assai dissimili; intorno al che i particolari non si possono presentare che nella esposizione dei singoli legati. Solo si può dire in generale:

1.° Che il gravato deve, quando occorre, dare la stessa cosa legata e non può sostituirvi il valore (26), salvo allorchè l'oggetto del legato sia una cosa, che il legatario non può avere (27), o o uno schiavo, che il gravato per cagione di parentela, o di altre relazioni mal volentieri potrebbe consentire a far cadere in mano altrui (28), o allorchè la prestazione dell'oggetto legato per avventura cagionerebbe delle spese sproporzionate eccedenti di molto il valore della cosa (29).

2.° Che egli è risponsabile pel dolo e per la colpa ma per sè stesso non risponde del caso per rispetto alla cosa legata (30), nel che gli eredi, che hanno a soddisfare un legato singolare, son tenuti anche per

(21) L. 1. § 6-8. 10. 13. D. *eod.*

(22) L. 1. § 9. 16. 17. 18. L. 2. D. *eod.*

(23) L. 1. § 15. D. *eod.*

(24) L. 1. § 7. L. 2. § 2. D. *eod.* Confr. con L. 1. § 15. L. 2. L. 3. pr. D. *si cui plus* (35. 3.)

(25) L. 48. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. C. *de legat.* (6. 37.)

(26) L. 39. pr. L. 51. L. 69. § 5. L. 71. § 3. 4. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 17. 25. D. *de legat.* III. (32.)

(27) L. 40. L. 114. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(28) L. 71. § 3. D. *eod.*

(29) L. 71. § 3. D. *eod.* L. 14. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(30) § 16. J. *de legat.* (2, 20.) L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.) L. 47. § 2-6. L. 53. § 6-9. L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.) L. 22. § 3. L. 25. § 2. L. 70. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). S'intende da sè che nel caso della mora il gravato dee soffrire anche il *casus* L. 39. § 1. L. 47. § 6. D. *de legat.* I. (30.) L. 3. C. *de usur. legat.* (6. 47.)

la colpa lieve (31); ma gli altri gravati al contrario, come pure gli eredi, ai quali è imposto un fedecommesso universale, non rispondono che della colpa grave (32).

IV. Acquisto e perdita de' legati.

§ 375. Se un legato non è lasciato con la condizione espressa che il legatario voglia averlo, nel qual caso la dichiarazione di accettarlo si ritiene come una condizione dell'acquisto (1), l'acquisto del medesimo è simigliante a quello dell'eredità per gli eredi necessarii, essendochè il dritto al legato viene da sè stesso nel legatario, senza che questi sia tenuto di dichiarare l' accettazione, e questa è anche la ragione, per cui non si pon mente alla capacità di volontà del legatario (2). Ma una differenza essenziale sta in ciò, che qui il legatario può rifiutare il legato, finchè non si è ancora dichiarato (3), e che l'efficacia dell'acquisto presuppone ancora che il gravato o qualche altro, al quale passa questo peso, sia venuto alla successione. Il legatario dee assolutamente trovarsi in vita al momento che il dritto si deferisce, cioè al tempo, in cui secondo l'espressione tecnica *dies legati vel fideicommissi cedit* (4), altrimenti i suoi eredi non hanno nulla a conseguire, ma al contrario non nuoce a costoro che il loro autore sia morto posteriormente senza essersi dichiarato (5). Se l'onorato si trovi tuttora sotto la potestà di un altro, nel quale caso a lui acquista il legato, non è sufficiente che costui sia vivente al tempo del deferimento, se l'altro precedentemente sia morto, ma è mestieri che il legatario istesso si trovi in vita a quel tempo (6).

1.° Ma il momento, in cui il dritto si deferisce, è per regola la morte del testatore. Per verità la *la lex Papia Poppaea* per accrescere i casi di caducità dei legati avea disposto che i medesimi non si deferis-

(31) L. 47. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(32) L. 108. § 12. D. *eod.* L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Manifestamente in ciò si è conservata una differenza tra i legati e fedecommessi.

(1) L. 65. § 1. D. *de legat* I. (30.) L. 11. § 6. D. *de legat.* III. (32.)

(2) L. 16. D. *qui test. fac. poss.* (28. 1.) L. 77. § 3. D. *de legat.* II. (31.)

(3) L. 38. L. 44. § 1. L. 86. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(4) L. 213. pr. D. *de V. S.* (50. 16.)

(5) L. 3. § 1. 2. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 5. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 3. C. *eod.* (6. 53.)

(6) L. 9. L. 5. § 7. D. *eod.* L. 42. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

sero se non all'apertura del testamento; ma Giustiniano rimise in voga la regola antica (7).

2.° Nondimeno si fa eccezione a questa regola 1) per quei legati, che non passano agli eredi del legatario, come il legato di una servitù personale, il *legatum alimentorum* ed il *fideicommissum libertatis*, dove il deferimento non avviene se non quando un erede abbia accettato (8); 2) pei legati agli schiavi proprii del testatore, pei quali vale il medesimo, imperocchè questi legati non sussistono se non quando lo schiavo legatario o sia stato manomesso nel testamento, o sia stato legato ad un altro, e questa disposizione non può effettuarsi che con l'accettazione dell'eredità (9); e 3) pei legati condizionali, i quali non possono acquistarsi che all'avverarsi della condizione (10), mentre anteriormente non costituiscono neppure un credito condizionale (11). Non per tanto in ciò si richiede eziandio che la condizione sia possibile e permessa, giacchè altrimenti il legato si ritiene come puro e semplice (12), e tal' è ancora il caso che la condizione non adempiuta si debba altrimenti riguardar come adempiuta (13). Oltre a ciò è mestieri che la condizione sia una *conditio in futurum collata* espressamente aggiunta, e non già che s'intenda di per sè; e però A. i legati, la cui esistenza dipende da circostanze, che non son fondate sulla disposizione del testatore, son da riguardarsi come puri e semplici (14); B. la condizione che l'eredità sia accettata, non rende condizionale un legato (15); C. i legati imposti ad un sostituto pupillare, sebbene dipendano dalla circostanza che il pupillo muoja in questa qualità, si deferiscono nondimeno alla morte del testatore (16), e D. per le *conditiones* in *praesens vel praeteritum relatae*, il legatario non ha mestieri che sopravviva alla notizia dell'avvenimento, es-

(7) Ulp. XXIV. 31. L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. un. § 1. 5. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(8) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. D. *quando dies* (36. 2.) L. un. § 2. D. *quando dies ususfr. leg. ced.* (7. 3.) L. un. § 6. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

(9) L. 7. § 6. L. 8. L. 16. § 2 L. 17. D. *quando dies* (36. 2.); Ulp. XXIV. 23.

(10) Ulp. XXIV. 31.; L. 4. pr. L. 5. § 2. D. *quando dies* (36. 2.) L. 41. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. un. § 7. C. *de cad. toll.* (6. 51.) Confr. anche Nota 1.

(11) L. 41. D. cit. L. 42. pr. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(12) L. 5. § 3. 4. D. *quando dies* (36. 2.) V. § 313. n. II.

(13) L. 5. § 5. D. *eod.* L. 161. D. *de R. J.* (50. 17.) L. 30. § 5. D. *de legat.* III. (32.) L. 24, L. 31. L. 45. L. 78. pr. L. 81. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) V. § 313. n. V.

(14) L. 99. D. *eod.* L. 6. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

(15) L. 21. § 1. L. 22. § 1. D. *eod.*

(16) L. 1. D. *eod.*

sendochè la condizione era già fin da principio decisa(17). Col deferimento dei legati non è da scambiare la scadenza dei medesimi, cioè il tempo in cui si possono richiedere, il che viene indicato con la espressione *dies legati seu fideicommissi venit* (18). Per questo si richiede non solo che il legato sia deferito, ma ancora che il gravato sia già venuto alla successione (19); ed ancora può il testatore determinare un termine più lontano per la scadenza, perfino il giorno della morte del legatario (20). Ma il legatario non ha bisogno di sopravvivere a questo termine, il quale non fa che differire la richiesta del legato (21), purchè il testatore non abbia indicato un termine del tutto incerto, il quale ha lo stesso effetto che una condizione del legato (22), il che si è esteso eziandio al caso che un legato non si debba soddisfare che alla morte del gravato (23). Una seconda singolarità di siffatti legati, della quale qui si vuol far menzione, è che quando si è fatto dipendere il legato dalla circostanza che il gravato non lasci figliuoli alla sua morte, e si sa con certezza che i figliuoli che egli avea sono morti, ma non si sa però se siano sopravvissuti o no al gravato, la condizione del legato si dee riguardare come verificata (24). Non può esser quistione di perdita di legati nel proprio senso, se non quando sieno disposti validamente dal testatore, e non sieno stati dal medesimo rivocati, imperocchè altrimenti non se ne fa conto, come se non fossero stati disposti. Una siffatta perdita in senso proprio non si può fondare che 1) sulla rinunzia da parte del legatario (25), la quale per essere obbligatoria è mestieri che siasi fatta dopo il deferimento (26), e per rispetto all' intero legato, se si fa dal legatario medesimo (27), mentre se il legatario abbia lasciato più eredi, ciascuno di essi può rinunziare alla sua parte (28), e se son più i legati, si può anche accettarne alcuni e rifiutarne altri, la qual cosa non-

(17) L. 10. § 1. D. *de cond. instit.* (28. 7.) L. 100. D. *de V. O.* (45. 1.) L. 37. D. *de reb. cred.* (12. 1.) L. 16. D. *de injusto* (28. 2.)
(18) L. 213. pr. D. *de V. S.* (50. 16.)
(19) L. 7. D. *quando dies* (36. 2.); Caj. II. 195.
(20) L. 4. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 79. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(21) L. 5. § 1. L. 21. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 46. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(22) L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 75. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(23) L. 4. pr. D. *quando dies* (36. 2.) L. 1. § 2. L. 79. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 12. § 1. D. *de legat.* II. (31.)
(24) L. 17. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(25) V. Nota 3.
(26) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.)
(27) L. 38. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 4. L. 6. D. *de legat.* II. (31.)
(28) L. 38. pr. D. *de legat.* I. (30.)

dimeno nel caso che si accetti un legato senza pesi, e si rifiuti un altro, sul quale era imposto un secondo legato, e che quindi l'erede dovrà direttamente adempiere, ha questo effetto singolare che l' erede ha il dritto di dedurre dal legato accettato la quarta falcidia per amendue i legati(29); 2)sull'annullamento del testamento per parte degli eredi legittimarii, o pel mancare degli eredi istituiti, sebbene in questo vi sia luogo a parecchie eccezioni(30); 3)sul non verificarsi della condizione, nei legati condizionali;4) sulla morte del legatario avvenuta prima del deferimento; 5) sull'indegnità, in cui il medesimo sia incorso;e 6) sulla perdita dell'oggetto legato,quando il gravato non vi ha dato occasione, nè si trovava in mora al tempo del *casus* (31).

V. Garentia per l'adempimento.

§ 376. Per assicurare il più che si possa il legatario contro la negligenza e la cattiva volontà del gravato, l'Editto del Pretore:

1.° Pei legati condizionali o a termine, e che per conseguenza non divengono esigibili al momento dell'accettazione del gravato, ha conceduto al legatario il dritto di richiedere una valida cauzione pel futuro adempimento (1), e ciò, secondo un Rescritto di Antonino Pio, nel luogo ove si trova l'eredità o la parte sulla quale è imposto il legato (2) ma però soltanto quando egli sulla richiesta dell' altra parte produca l'atto di ultima volontà, che contiene il legato, e giudizialmente provi il suo dritto alla cauzione, o almeno lo renda verisimile (3). Se la quantità del legato è incerta, il giudice dee decidere sull' ammontare della cauzione da prestarsi (4), e se il gravato ha di già venduto i beni ricevuti, il legatario secondo il menzionato Rescritto può domandare che sia depositata la somma necessaria per l' adempimento del legato (5). Nondimeno questo dritto alla cauzione patisce eccezione : 1) quando il

(29) L. 5. D. *de legat.* II. (31.)

(30) V. § 348. Nota 20. § 351. Nota 12. § 371.

(31) V. § 374. Nota 29.

(1) L. 1. pr. § 1-8. L. 5. § 2. L. 14. pr. D. *ut legat. seu fideicomm: serv. causa cav.* (36. 3.) L. 1. § 1. L. 2. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.). Non è che una conseguente applicazione di ciò, che nei legati continui, come i fedecommessi di famiglia, i successori eventuali al legato possono da qualunque possessore richieder cauzione L. 69. § 3. D. *de legat.* II. (31.)

(2) L. 5. § 3. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(3) L. 5. § 2. D. *eod*, L. 3. § 1. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 1. C. *eod.* (6. 54.)

(4) L. 6. pr. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(5) L. 5, § 4. D. *eod.*

testatore ha vietato di richieder cauzione (6); 2) quando il legatario medesimo vi ha rinunziato (7); 3) quando il gravato è il Fisco o un Comune, il quale ultimo è tenuto a dare una cauzione verbale (8); 4) quando il legato è impugnato (9), ed il gravato non è stato condannato di già almeno in prima istanza (10); 5) quando è certo che il legato non potrà esser richiesto (11); 6) nel *legatum liberationis*, perchè qui il legatario già possiede l'oggetto del legato (12); e 7) quando il legatario si trova sotto la potestà del gravato, in tal caso però se quegli viene ad uscire dalla sua potestà, il gravato dee costituirgli un' ipoteca generale sul suo patrimonio (13), e se un padre gravato dolosamente amministri i beni, per una disposizione di Adriano può affidarsene l' amministrazione al figliuolo (14). Il gravato non è tenuto ad offerir la cauzione (15), e se per errore l' ha prestata, quando non era necessaria, può ridomandarla (16). Ma per contro il legatario può, se occorre, anche più volte richieder la cauzione, tranne quando non si tratti di altro che della insolvibilità sopravvenuta ai fidejussori costituiti (17). Inoltre quando la successione rimane per lungo tempo incerta, il dritto alla cauzione si può far valere anche prima dell'adizione (18), ma non contro i sostituti, ai quali sono eventualmente imposti dei legati (19). Or se non si presta la debita cauzione, allora il legatario può farsi immettere nel possesso di tutte le cose ereditarie, che il gravato possiede, o che dolosamente ha cessato di possedere (20), e se neppur questo giova, allora secondo che fu disposto da Antonino Caracalla, l' immissione si può estendere anche al patrimonio particolare del gravato (21). Questa immissione

(6) L. 12. L. 18. pr. D. *eod.* L. 1. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.) L. 2. L. 7. C. *eod.* (6. 54.) Nov. 108. c. 2.

(7) L. 46. D. *de pactis* (2. 14.) L. 29. C. *eod.* (2. 3.)

(8) L. 1. § 18. L. 6. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(9) L. 1. § 9. 10. D. *eod.* L. 3. pr. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(10) L. 5. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(11) L. 14. § 1. D. *eod.*

(12) L. 1. § 2. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(13) L. 7. D. *ut leg. seu fideic serv. causa cav.* (36. 3.)

(14) L. 50. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(15) L. 1. § 1. D. *ut in poss. leg.* (36. 4.)

(16) L. 1. pr. D. *eod.*

(17) L. 3. § 3. L. 4. D. *eod.*

(18) L. 1. § 4. L. 2. D. *eod.* La L. § 1. 4. deve intendersi di una lunga incertezza, altrimenti Ulpiano si contradirebbe nella L. 2. cit.

(19) L. 5. § 12. D. *eod.*

(20) L. 5. § 5-15. L. 13. L. 15. D. *eod.*

(21) L. 5. § 16. D. *eod.* L. 6. C. *eod.* (6. 54.)

generalmente non da che il dritto della detenzione e dell'amministrazione, insieme col dritto di pegno pretorio(22), e può anche esser conceduta a più persone congiuntamente (23); ma se sia stata immessa nel possesso una discendente, o la vedova del testatore che non è rimaritata, ed è povera, allora a queste persone spettano ancora gli alimenti (24).

2.° Giustiniano di poi a garentia del legatario fece delle disposizioni molto più ampie. 1) Il legatario finchè non è soddisfatto ha un dritto di pegno legale su tutte le cose ereditarie, che il gravato ha conseguite (25). 2) Il gravato non può nè alienare nè dare in pegno gli oggetti legati, e se ciò sia avvenuto, il legatario può rivendicarli da qualunque possessore, sebbene pei legati condizionali o a termine non possa ciò fare che dopo l'adempimento della condizione o il sopraggiungere del termine, ed affinchè niuno compri siffatte cose, colui che scientemente le ha comperate non ha che il dritto alla restituzione del prezzo contro il gravato (26). Non per tanto più tardi fu di nuovo introdotta una eccezione pel caso che fosse necessaria un'alienazione per compiere la legittima degli eredi legittimarii, o per pagare pienamente una dote o una *donatio propter nuptias* che si dovesse dare (27); s'intende poi da sè che è lecita l' alienazione quando ciò sia necessario pel pagamento dei creditori (28). Quando un gravato maggiore di età non ha soddisfatto un legato già scaduto, dopo che dal legatario gli fu fatto giudiziariamente intimare un ordine di pagamento, ed ha lasciato scorrere un anno dal rilascio del mandato, allora dee perdere tutto ciò che ha conseguito dall'eredità fino alla sua legittima, se abbia dritto alla legittima. Se egli è erede, la sua eredità o la sua quota ereditaria ricade ad altre persone nell' ordine che segue: A. ai sostituti, B. ai coeredi, C. ai fedecommessarii universali, e se son più, solo a colui che ha ottenuto la maggior parte. D. ai legatarii e fedecommessarii singolari, E. agli schiavi manomessi per testamento, e F. agli eredi che seguono,

(22) L. 5. pr. D. *eod.* L. 3. L. 5. C. *eod.* (6. 54.)

(23) L. 5. § 1-4. L. 9. § 1. D. *eod.*

(24) L. 14. D. *eod.*

(25) L. 1. C. *commun. de legatis* (6. 43.)

(26) L. 3, § 2-4. C. *eod.* Nov. 39. prooem. Nel *legatum vindicationis* questo era già l'antico dritto L. 69. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(27) Nov. 39. prooem c. 1. Auth. *de restitutionibus* C. *eod.* In fatti non si vede chiaro, come per ciò vi fosse bisogno di una disposizione, essendochè i legati doveano esser posposti agli altri crediti. Pare quasi che Giustiniano si sia confuso per la temerità di un legatario il quale appoggiato alla L. 3. C. cit. voleva precedere la *restitutio dotis.*

(28) L. 22. § 8. C. *de jure delib.* (6. 30.). Questa disposizione è posteriore di tre mesi alla L. 3. C. cit.

compreso il Fisco che succede nei beni vacanti; ma se egli medesimo non ha che un legato, questo ricade A. in prima ai suoi sostituti, B. in mancanza di costoro ai suoi collegatarii, e C. se non vi sono neppur questi, agli eredi, e se questi non vogliono avere il legato, alle altre persone nominate per l'erede, ed in quel medesimo ordine. Intanto chi vuole subentrare nel posto del gravato moroso dee prestar cauzione di adempir puntualmente ciò che a lui era imposto. Ma i gravati di età minore sono al tutto esenti da questa disposizione (29).

IV, Mezzi legali del legatario.

§ 377.

1.° A far valere i legati ora in generale appartiene al legatario ed ai suoi eredi l'*actio ex testamento s. legati*, che originariamente poteva aver luogo soltanto nel *legatum damnationis*. Di già i Giureconsulti classici aveano conceduta quest'azione anche per altri legati; in prima pel *legatum sinendi modo*, sebbene non senza contrasto (1), e più tardi anche pel *legatum vindicationis*, cosicchè qui il legatario avea la scelta tra la revindicazione e l'*actio ex testamento* (2), il che probabilmente fu una conseguenza del *Sctum Neronianum*. Ma secondo la prescrizione di Giustiniano essa ha luogo in tutt' i legati, e però è entrata anche nel luogo della *extraordinaria persecutio fideicommissi* (3). Come un'*actio quasi ex contractu* (4) essa può esser proposta non solo contro il gravato e suoi eredi, ma allorchè queste persone si trovano sotto la potestà di un altro, anche contro costui nei casi in cui può aver luogo per le azioni dei contratti (5). Se, essendo più i gravati, ciascuno debba rispondere soltanto per una parte, ovvero possa esser convenuto solidalmente per l'intero, ciò dipende dalla circostanza se l'oggetto del legato è divisibile o no (6), ovvero se il testatore ha voluto imporre un obbligo solidale, nel quale ultimo caso i gravati son tenuti come veri *correi*

(29) Nov. 1. c. 1. e 4.

(1) Caj. II. 214.

(2) L. 33. L. 84. § 13. L. 85. L. 108. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

(3) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20.) Nov. 1. c. 1. La denominazione *actio legati* trovasi p. es. nella L. 75. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(4) § 5. J. *de obl. quae quasi ex contr.* (3. 27.) L. 5. § 2. D. *de O. et A.* (44. 7.)

(5) V. § 250.

(6) L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

debendi (7). L' azione tende 1) alla prestazione dell'oggetto legato (8), colle sue pertinenze ed accessioni (9), (tra le quali cose però non si comprendono i documenti riguardanti l'acquisto della cosa, che rimangono presso gli eredi, i quali debbono soltanto prestar cauzione di presentarli al legatario in caso di bisogno) (10), ovvero al pagamento del valore, quando il gravato abbia il dritto di poter sostituire il prezzo alla cosa (11). 2) Al ristoro per la perdita o pel deterioramento della cosa quando il gravato ne sia responsabile (12), o almeno alla cessione dell'azione, che a tal riguardo gli compete contro i terzi, quando o egli non sia colpevole, o non possa dare alcuna indennità (13). 3) Alla consegna o al rimborso dei frutti e degli utili ritratti, o per negligenza non ritratti dal momento della mora (14), come pure al risarcimento del danno per l'indugio (15), e per conseguenza anche al pagamento degl'interessi moratorii, quando si debbono dare delle cose fungibili, pei quali però non si può richiedere che il quattro per 100 (16). Per verità da principio questo dritto proveniente dalla mora non avea luogo che pei fedecommessi, perchè l'*actio ex testamento* era *stricti juris* (17). Intanto dovè produrre scandalo che un legatario si dovesse trovare in una condizione più svantaggiosa in confronto di un semplice fedecommessario, il perchè Salvio Giuliano sostenne che l'antico rigore si dovesse restringere al *legatum damnationis* come al proprio fondamento dell'*actio ex testamento*, e per contrario nel *legatum sinendi modo* si dovessero sotto questo rapporto applicare i principii dei fedecommessi, il che ben presto prese vo-

(7) L. 8. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. pr. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. pr. D. *de duob. reis* (45. 2.)

(8) V. § 374. Nota 25.

(9) § 17-20. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. D. *de usur.* (22. 1.) L. 8. pr. L. 21. L. 24. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 10. D. *de legat.* III. (32.) L. 58. § 2. 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 21. D. *de instr. leg.* (33. 7.)

(10) L. 24. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(11) V. § 374. Nota 26-28.

(12) V. § 374. Nota 29-39.

(13) L. 13. pr. D. *ad leg. Aquil.* (9. 2.) L. 73. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) Confr. § 220. n. VI. 2. e 3.

(14) L. 3. pr. L. 39. L. 42. D. *de usur.* (22. 1.) L. 18. pr. L. 22. § 2. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. con L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.)

(15) L. 26. D. *de legat.* III. (32.)

(16) L. 3. pr. L. 17. § 8. D. *de usur.* (22. 1.) L. 78. § 2. L. 87. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(17) Caj. II. 280. I passi citati nella Nota 14-16 parlano anche soltanto dei fedecommessi.

ga; imperocchè Cajo il quale fu un contemporaneo alquanto più giovane di Giuliano, dà questa cosa come già decisa (18), e dopochè in questo modo fu fatta breccia all'antica teoria, si andò più innanzi, e si ammise la regola, che circa un Secolo dopo s'incontra in Ulpiano e Paolo confermata da Rescritti di Settimio Severo ed altri Imperadori, che nei legati non altramente che nei fedecommessi appartengono all'onorato i frutti, gli utili, ed interessi moratorii dal tempo della mora, o almeno dalla contestazione della lite, se il gravato abbia litigato in buona fede (19). Il pareggiamento, che Giustiniano fece dei legati e dei fedecommessi, non immutò nulla in questo, piuttosto quella regola corrisponde al principio che, quando nulla siasi detto in contrario, la teorica dei fedecommessi sia anche applicabile ai legati (20). Conformemente a questo princpio cade anche l'antico principio trasandato da Giustiniano, che nell'*actio ex testamento* la negazione porti per effetto il pagamento del doppio (21). Per contrario l'azione non ha cessato in alcun modo di valere generalmente come azione di stretto dritto, vale a dire che in essa non ha luogo il giuramento estimatorio (22); ancora essa non può intentarsi perchè si faccia la prestazione in un luogo diverso da quello, dove secondo le regole legali si può fare, anzi per questo, anche quando il testatore ha determinato il luogo, dee proporsi l'*actio arbitraria de certo loco* (23).

2.° Se il legato riguarda delle cose appartenenti allo stesso testatore, la proprietà ora passa sempre *ipso jure* nell'onorato, come per le dodici Tavole avveniva nel *legatum vindicationis*, e per conseguenza egli può rivendicarle da qualunque possessore (24), ed in ciò si ammette anche il *juramentum in litem* (25). Veramente questa conseguenza, secondo la decisione di Antonino contro i Sabiniani, presuppone che il legatario non rinunci al legato (26), ma purchè soltanto ciò non avvenga, il passaggio della proprietà nei legati non condizionali prende

(18) Caj. II 280.

(19) Paul. III. 8. § 4. L. 34. pr. D. *de usur* (22. 1.) L. 39. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. L. 2. L. 4. C. *de usur. et fruct. legat.* (6. 47.) Confr. § 222. Nota 10.

(20) L. 2. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(21) Caj. II. 282.

(22) L. 6. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(23) L. 5. D. *de eo quod certo loco* (13. 4.)

(24) L. 1. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20.) Confr. con Ulp. XIX. 17.; Caj. II. 193. seg.; L. 1. § 2. L. 2. D. *de publ. act.* (6. 2.)

(25) L. 60. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Confr. con L. 5. pr. D. *de in litem jur.* (12. 3.)

(26) Caj. II. 194. 195.

data fin dall' adizione dell'eredità (27), e nei condizionali dall'avverarsi della condizione (28). Nondimeno se è determinato un tempo per l'esecuzione, la vindicazione non può farsi prima di quel tempo (29). Egli è ben naturale che le accessioni e le pertinenze della cosa possano sempre rivendicarsi insiem con essa(30), i frutti però e gli utili non si possono richiedere,se non in quanto spettino al legatario, e per conseguenza tutto al più dal tempo che il gravato si trovò in mora (31).

3.° Siccome Giustiniano attribuì all' onòrato un dritto di pegno legale su tutto ciò che al gravato è pervenuto dall'eredità, così il medesimo può valersi eziandio dell' *actio hypothecaria* non solo per richiedere la stessa cosa legata, allorchè questa si trova fra le cose ereditarie, ma anche per soddisfarsi sugli altri oggetti sottoposti al suo dritto di pegno (32).

4.° Trattandosi di prelegati l'erede onorato ha parimente l'*actio familiae herciscundae* per far valere il legato contro i suoi coeredi (33). Anzi i Sabiniani in tal caso non valevano ammettere che quest'azione (34), ma siffatta opinione più tardi non fu seguita (35), e secondo la disposizione di Giustiniano non può esser dubbio, che al prelegatario competevano gli stessi mezzi legali che agli altri legatarii (36).

5.° Nel *legatum nominis* incontrasi in certo modo la stessa condizione che nel legato delle cose proprie del testatore, imperocchè il legatario non solo può agire per la cessione del credito con l'*actio ex testa-*

(27) L. 7. § 5. D. *de dolo* (4. 3.) L. 44. § 1. L. 69. pr. L. 86. § 2. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppongono L. 80. D. *de legat.* II. (31.) L. 64. (66.) D. *de furtis* (47.), le quali si debbono spiegare da ciò, che sebbene l'erede dopo l'adizione sia riguardato come proprietario dalla morte del defunto, questo nondimeno non è che una finzione.

(28) L. 66. D. *de rei vind.* (6. 1.) L. 12. § 2. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 1. § 4. D. *ad Sct. Sil.* (29. 5.) L. 69. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. § 3. C. *de commun. de legat.* (6. 43.)

(29) L. 45. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(30) L. 14. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 23. § 2. D. *de rei vind.* (6. 1.)

(31) L. 4. C. *de usur. et fruct. legator.* (6. 47.)

(32) L. 1. C. *comm. de leg.* (6. 43.) § 2. J. *de legat.* (2. 20) Confr. Nov. 108. c. 2. A torto *Ant. Faber.* de error. pragm. XLVIII. 9. non vuole qui ammettere l' *actio hypothecaria* contra il terzo possessore.

(33) V. § 358. Nota 68.

(34) Caj. II. 219.

(35) Theoph. II. 20. § 2.

(36) L. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

mento (37), ma secondo la disposizione di Diocleziano, anche senza cessione può pel credito legato agire *utiliter* contro il debitore (38), e

6.° Nel *legatum liberationis* finalmente il legatario non solo può istituire l'*actio ex testamento* per la liberazione formale, ma può anche immediatamente difendersi con la *exceptio* contro il credito condonatogli (39). Ma delle diverse azioni, che possono competere, il legatario non può proporne più di una in una sola volta (40), e del pari se il legatario abbia lasciato più eredi, è mestieri che si mettano d'accordo intorno all'azione da scegliere (41). Per contrario i collegatarii possono promuovere ciascuno un'azione diversa, ma solo per la parte che gli spetta (42). Nell'*actio ex testamento* il luogo, in cui si dee fare la prestazione, si determina secondo le regole ordinarie per le obbligazioni, ma la rivendicazione non può farsi che nel luogo, ove la cosa effettivamente si trova, il che nondimeno per le cose mobili può evitarsi cominciando dal richiedere al possessore che presenti la cosa, e rivendicandola di poi nel luogo, ove la cosa fu presentata (43).

VII. Dritto di scelta nei legati.

§. 378. Sotto più rapporti nei legati può aver luogo una scelta.

1.° Il caso più ordinario è quando vien permesso all'onorato di scegliere tra diversi oggetti, il che addimandasi *legatum optionis* s. *electionis*, e s'intende anche quando il testatore ha legato alternativamente più oggetti, ma non ha detto chi debba scegliere (1). Il dritto di scelta è qui siffattamente personale, che non si può trasferire ad altri (2), e che se l'onorato sta sotto la potestà di un altro, non questi ma l'onorato medesimo dee far la scelta (3). Anticamente questo dritto non pas-

(37) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. § 3. L. 44. § 6. L. 78. § 1-3. D. *de legat.* I. (30.)

(38) L. 18. C. *de legat.* (6. 37.)

(39) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 3. § 3. L. 7. § 1. L. 25. D. *de liber. legata* (34. 3.)

(40) L. 76. § 8. D. *de legat.* II. (31.)

(41) L. 84. § 13. D. *de legat.* I. (30.)

(42) L. 33. L. 85. D. *eod.*

(43) L. 38. D. *de judic.* (5. 1.) L. 8. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. un. C. *ubi de fideic.* (3. 17.)

(1) L. 34. § 14. D. *de legat.* I. (30.) L. 23. pr. D. *de legat.* II. (31.)

(2) L. 77. D. *de R. J.* (50. 17.)

(3) L. 10. D. *de optione leg.* (33. 5.) Confr. L. 76. pr. L. 141. pr. D. *de V. O.* (45. 1.)

sava neppure agli eredi del legatario, e da ciò dipendeva che il deferimento di un tale legato non avea luogo se non all'adizione dell'eredità, e che non potevasi precedentemente scegliere con effetto (4). Intanto Giustiniano dichiarò ereditario il *legatum optionis*, ed in questa occasione dispose che, quando più collegatarii, o più eredi di un legatario non si potessero metter d'accordo intorno alla scelta, la sorte dovesse decider tra loro (5). Se il testatore non ha indicato alcun termine per fare la scelta, il giudice sulla richiesta delle parti può stabilirlo, e se si lascia trascorrere questo termine, il dritto al legato vien perduto, se pure il gravato non sia per tal riguardo in colpa (6). Dopo fatta una volta la scelta non si può variare (7), eccetto quando alcuno sia stato ingannato dal gravato, o abbia scelto un oggetto, al quale il suo dritto di scelta non si estendeva (8). Se si è permesso al legatario di prendere più cose di una certa specie, senza dir quante, allora egli, secondo la disposizione di Antonino, può prenderne tre (9). Ma se le cose, tra le quali il legatario può scegliere, sono indicate solamente per rapporto al genere, allora il dritto di scelta si riferisce soltanto alle cose di tal genere, che si trovano nell'eredità (10). Per verità tra queste può scegliersi anche la cosa migliore (11); ma se nell'eredità non vi son cose di tal fatta, si estingue il legato. Per poter esercitare il dritto di scelta si può obbligare altri a presentare le cose con l'*actio ad exhibendum* (12). Ma in nessun caso è permesso al legatario di prendersi una parte da ciascuna delle cose elettivamente legate in vece di scegliere (13).

2.° Nello stesso modo si procede nel così detto *legatum generis*, quando si è legata una cosa determinata solo in quanto al genere, senza dire chi debba sceglierla. Secondo il dritto antico la scelta qui era rimessa a colui, al quale eran dirette le parole della disposizione, e per conseguenza nel *legatum damnationis*, e *sinendi modo* al gravato, nel

(4) L. 16. L. 19. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(5) L. 3. pr. C. *comm. de legat.* (6. 43.) § 23. J. *de legat.* (2. 20.)
(6) L. 6. L. 7. L. 8. pr. L. 13. § 1. L. 17. D. *de opt. leg.* (33. 5.) L. 10. D. *ad exhibendum* (10. 4.)
(7) L. 5. pr. L. 20. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(8) L. 2. § 2. 3. L. 3-5. D. *eod.* L. 9. § 1. D. *de dolo* (4. 3.)
(9) L. 1. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(10) L. 2. § 2. L. 22. D. *eod.*
(11) L. 2. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 37. pr. D. *de legat.* I. (30.)
(12) L. 3. § 6. 10. L. 10. L. 12. § 2. D. *ad exhibendum* (10. 4.) L. 82. § 2. D. *de furtis* (47. 2.) L. 3. L. 4. L. 8. § 3. D. *de opt. leg.* (33. 5.)
(13) L. 8. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

legatum vindicationis, e *praeceptionis* all' onorato (14); ma secondo la pratica più recente essa si appartiene al legatario, quando altramente non si sia detto (15). Veramente qui il dritto di scelta non è strettamente personale (16), ma dipende anche dalla condizione che le cose della specie indicata si trovino nell' eredità, altrimenti il legato si estingue (17), ed il legatario non può scegliere la cosa migliore (18).

3.° Intanto può appartenere la scelta anche al gravato. Tal' è il caso 1) quando il testatore ha voluto legare solo una cosa determinata, ma nell' eredità si trovano più cose dello stesso nome (19); 2) quando il testatore ha lasciato al gravato la facoltà di scegliere tra più cose determinate, nel qual caso, quando non siasi scelto entro il termine prescritto dal testatore, o stabilito dal giudice sulla richiesta del legatario, il dritto di scelta passa nel legatario, ma la scelta fatta una volta non si può variare (20); 3) allorchè nel *legatum generis* è lasciato al gravato il dritto di sceglier la cosa (21), nel qual caso se vi son più gravati e non si possono metter d' accordo sulla scelta, possono esser convenuti per l' interesse (22); la scelta parimenti è ristretta alle cose della specie indicata che si trovano nell'eredità, purchè l' onorato non accetti volontariamente una cosa altrui (23), e di quelle cose non si può sceglier la peggiore (24), ed oltre a ciò il gravato dee prestare una cauzione verbale per assicurare, che il legatario possa ritenere la cosa, *rem habere licere* (25); 4) quando si è permesso al gravato di scegliere l'onorato (26), il che però presuppone che siano indicate le persone tra le qua-

(14) Ulp. XXIV. 14.; L. 45. § 1. L. 108. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 2. § 1. D. *de opt. leg.* (33. 5.). I due ultimi passi sono da intendersi di un *legatum vindicationis*; la L. 45. § 1. D. cit. si applica al contrario ad un *legatum damnationis*.

(15) § 22. J. *de legatis* (2. 20.)

(16) Questo si mostra già per la distinzione che si fa nel § 22. e 23. J. *de legatis* (2. 20.) tra il *legatum generis* ed *optionis*.

(17) L. 65. pr. L. 71. pr. D. *de legatis* I. (30.) L. 36. D. *de auro leg.* (34. 2.). Non si oppone L. 13. D. *de legat.* I. (30.) la quale parla soltanto di uno spontaneo dare e ricevere una cosa altrui col consenso del proprietario, col quale il legato diviene assolutamente compiuto.

(18) L. 37. pr. D. *eod.*

(19) L. 32. § 1. L. 37. § 1. L. 39. § 6. D. *eod.*

(20) L. 84. § 9. D. *eod.* L. 11. § 1. L. 19. D. *de legat.* II. (31.)

(21) § 22. J. *de legatis* (2. 20.)

(22) L. 12. D. *de opt. leg.* (33. 5.)

(23) V. Nota 17.

(24) L. 37. pr. L. 110. D. *de legatis* I. (30.)

(25) L. 45. § 1. D. *eod.*

(26) L. 16. L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. 25. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. § 1.

ti la scelta deve aver luogo, e queste, se il gravato non ha fatta la scelta tra il termine stabilito o almeno prima della sua morte, possono anche tutte insieme, per quante ne sono tuttora in vita, richiedere il legato per dividerlo fra loro (27).

4.° Finalmente anche ad un terzo può lasciarsi dal testatore la scelta tra più oggetti o tra più onorati, e pel primo caso Giustiniano dispose, che quando il terzo entro il termine di un anno non possa o non voglia scegllere, il dritto di scelta debba passare all'onorato, ma questi in tal caso non possa scegliere la cosa migliore(28). In tutt'i casi in cui si dee scegliere tra più oggetti non si estingue il legato per la perdita di questi oggetti, se non quando non si può più averne neppur uno(29), e se gli oggetti sono di tal fatta, che il deferimento del dritto segua per essi in tempi diversi, si dee indugiare a far la scelta finchè sia avvenuto il deferimento per tutti(30). Intanto se il legatario muore prima che gli sia deferito il dritto a tutti gli oggetti, s'intende che abbia acquistato ai suoi eredi almeno il dritto su quell'oggetto che già gli si era deferito essendo in vita (31).

VIII. Differenze per rispetto agli oggetti.

1) *Legati singolari*

A. Legato di cose.

§ 379. Come divisione fondamentale de' legati ci si presenta la distinzione di *legati universali*, i quali si riferiscono a tutta quanta l'eredità o ad una quota della medesima, e di *legati singolari*, il cui oggetto

D. *de reb. dub.* (34. 5.) L. 57. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 46. § 5. D. *de fideicomm. lib.* (40. 5.), La nomina semplicemente alternativa di più onorati non dà al gravato alcun dritto di scelta, giacchè allora, secondo la decisione di Giustiniano, le persone onorate si debbono riguardare come copulativamente nominate L. 4. C. *de V. S.* (6. 38.)

(27) L. 24. L. 67. § 7. L. 77. § 4. D. *de legat.* II. (31.). Secondo una disposizione di Giustiniano intorno al disporre a favore di persone incerte § 316. Nota 47. ora dovrebbe essere anche permesso di lasciare generalmente al gravato la scelta dell'onorato, ma perchè allora, se egli non scegliesse, tutti gli nomini o almeno tutti quanti i cittadini dovrebbero avere un dritto al legato, così una disposizione di tal fatta sarebbe una assurdità.

(28) L. 3. § 1. C. *commun. de leg.* (6. 43.)

(29) L. 47. § 3. D. *de legat.* I. (30.)

(30 L. 14. pr. L. 16. pr. L. 25. pr. D. *quando dies* (36. 2.)

(31) L. 14. § 1. D. *eod.*

è in altra guisa determinato, e per lo più è anche una cosa singolare. E non solo nella teorica queste due principali spezie di legati in più maniere si discostano l'una dall'altra, ma dai diversi loro oggetti ne risulta eziandio un gran numero di speciali principii, per la qual cosa è mestieri che ci facciamo anche a considerare gli oggetti dei legati. Gli oggetti più ordinarii dei legati singolari sono le cose, nelche son da distinguere quattro casi principali:

1.° Il legato di cose speciali o di una parte di tali cose (1). Questo può cadere 1) *sulle cose proprie del testatore*, ed allora la proprietà passa *ipso jure* nel legatario (2), e le cose non possono essere alienate dal gravato (3). Se la proprietà del testatore si rescinde, il legato non si estingue, ma il gravato dee procurare le cose o darne il valore (4). In che modo poi fosse da regolarsi quando il testatore medesimo avesse di poi in tutto o in parte alienata o oppignorata la cosa, era controverso tra i Romani Giureconsulti. La maggior parte fra essi inclinavano a riconoscere una rivoca almeno nella spontanea alienazione o oppignorazione (5), in quanto non si fosse legata elettivamente la cosa o il suo valore (6). Ma dopo che Settimio Severo ebbe rescritto che l'oppignorazione non dovesse riguardarsi come rivoca, ma piuttosto il gravato dovesse riscattare il pegno (7), fu ammesso il principio che anche l'alienazione non fosse da riguardarsi come rivoca, se il gravato non dimostrasse una intenzione opposta, l'*animus adimendi*, e che nell'alienazione di una sola parte, anche questa pruova non fosse operativa che per la sola parte alienata (8). Al legato di cose proprie speciali appartiene anche la *manumissio testamento*, la quale, quando si è fatta condizionalmente, rende provvisoriamente lo schiavo *statuliber*, sulla qual cosa già in altra occasione se n'è detto quanto basta (9). 2) *Sulle cose del gravato*. Qui certamente la proprietà non passa da sè nel legatario; ma il legato è valido anche quando il testatore credeva di esserne egli medesimo proprietario (10), e il gravato anche in questo caso

(1) L. 34. § 15. D. *de legat.* I. (30.)
(2) V. § 377. Nota 24.
(3) V. § 376. Nota 26.
(4) L. 78. § 1. D. *de legat.* II. (31.)
(5) Caj. II. 198.; Paul. IV. 1. § 9.; L. 8. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 12. D. *de legat.* III. (32.) L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)
(6) L. 22. D. *de legat* II. (31.)
(7) L. 3. C. *de legat.* (6. 37.) § 12. J. *eod.* (2. 20.)
(8) § 12. J. *eod.*
(9) V. § 122. n. II. § 123. n. II.
(10) Caj. II. 210. 213.; § 4. J. *eod.* § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) L. 67. § 8. D. *de legat* II. (31.)

non può alienare la cosa legata (11). 3) *Sulle cose altrui*, le quali l'onerato dee acquistare, ovvero, quando nol può o dovrebbe pagare un prezzo sproporzionato, dee pagarne il valore secondo la stima giudiziale (12), presupposto che la cosa non sia una *res extra commercium*, ovvero una cosa dello Stato (13), e che il testatore non abbia creduto di esserne egli il proprietario, sul qual proposito nel dubbio il legatario deve dimostrare il contrario (14). Soltanto, quando i legatari sono dei parenti prossimi, non si pon mente a questo errore (15), e se il testatore ha determinato un prezzo della cosa, il gravato deve ad ogni modo impiegar questo prezzo per l'acquisto (16). 4) *Sulle cose comuni del testatore e di un altro*, nel qual caso, quando non siasi espresso il contrario, il legato non si estende che alla parte spettante al testatore, anche quando egli abbia chiamata sua la cosa (17). 5) *Sulle cose proprie del legatario.* Questo legato per regola veramente è nullo, e per effetto della regola Catoniana non si convalida neppure per la circostanza che il legatario più tardi abbia cessato di esserne il proprietario, salvo allorchè la cosa siegli stata legata condizionalmente appunto per questo caso (18). Intanto se un altro abbia dei dritti reali sulla cosa, cosicchè questa non appartenga pienamente al legatario, allora il legato è efficace nel senso che il gravato dee riscattare quei dritti (19). I principii comuni parte per tutti questi casi e parte almeno per il maggior numero di essi sono i seguenti. 1) Che, se il legatario non possa avere la cosa legata, ciò non impedisce la validità del legato, giacchè allora gli si dee dare il prezzo (20), ma 2) il legato di cose non

(11) L. 3. § 2-4. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(12) Caj. II. 203. 261. 262.; § 4. J. *de legat.* (2. 20.) § 1. J. *de sing. reb.* (2. 24.) L. 39. § 7. L. 71. § 3. D. *de leg.* I. (30.) L. 14. § 2. L. 30. § 6. D. *de legat.* III. (32.) L. 61. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Nel cap. 5. X. *de testam.* (3. 26.) incontrasi l'errore quasi incredibile, che secondo il dritto Romano il legato di cose altrui abbia spogliato il proprietario della sua cosa. Veggasi intorno a ciò *Fachinaeus controv. jur.* V. 38., ove la decretale è riportata per intero.

(13) § 4. J. *de legat.* (2. 20.) L. 39. § 8-10. D. *de legat.* I. (30.) Ulp. XXIV. 8.

(14) § 4. J. cit.; Paul. IV. 1. 8. § 8. L. 21. D. *de probat.* (22. 3.) L. 67. § 8. D. *de legat.* II. (31.) L. 85. D. *de legat.* III. (32.). Secondo la Nov. 112. c. 1. nel legato di cose litigiose si dee sempre presumere che il testatore si credea proprietario, e per conseguenza il legato svanisce, se gli eredi perdono la lite.

(15) L. 10. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 10. C. *de legat.* (6. 37.) Confr. nondimeno Nota 36)

(16) L. 32. § 1. 2. D. *de fideic. lib.* (40. 5.) L. 30. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 1.)

(17) L. 5. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 30. § 4. D. *de legat.* III. (32.)

(18) § 10. J. *de legat* (2. 20.) L. 41. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(19) L. 71. § 5. L. 86. pr. D. *eod.*

(20) L. 40. L. 114. § 5. D. *eod.*

esistenti non ha valore, se non quando si sieno legate delle cose future condizionalmente pel caso della loro esistenza (21). 3) Secondo un *Sctum Acilianum* A. di R. 875. (122. dopo Cr.) non si possono validamente legare le parti di un Edifizio separatamente da questo, nè un Edifizio a fine di demolirlo (22), salvo per opere pubbliche ad utilità del Comune ove il testatore ha il suo domicilio (23). 4) Il legare più volte la medesima cosa al medesimo onorato non gli da che una sola volta il dritto alla cosa o al suo valore (24), purchè il legato non sia stato imposto a diversi gravati senza intenzione di fare un trasferimento, *translatio* (25). Con la distruzione o con la perdita della cosa non imputabile al gravato si estingue sempre il legato, senza trasportarsi sopra un' altra cosa, che il testatore avesse per avventura acquistata in luogo di quella, mentre al contrario il gravato, il quale ha cagionato l' impossibilità di dare la cosa, è tenuto a darne il valore anche quando non gli si possa fare alcun rimprovero, come se in quel tempo non avesse avuto ancora notizia del legato, si fa nondimeno questa distinzione, che nel caso della colpa è tenuto all' interesse del legatario, ma in altri casi dee prestare il solo valore della cosa (26). 6) Del pari si estingue il legato quando il legatario acquista gratuitamente per altra via la cosa stessa legata e non già il suo semplice valore, mentre se egli ha dato qualche cosa per ottenerla, ciò gli dev' essere rimborsato dal gravato (27). 7) In generale la cosa si dee prestare in quello stato in cui si trovava alla morte del testatore (28). In conseguenza A. il gravato non è tenuto pei difetti della cosa, neppur quando avesse assicurato che non ve ne fossero (29); B. debbono anche ristabilirsi le servitù reali del fondo legato sopra un fondo dell' erede o quelle di quest'ultimo sul fondo del testatore, le quali in seguito dell' adizione dell' eredità si erano estinte per la confusione (30); e C.

(21) § 7 J. *de legat.* (2. 20.) L. 24. pr. D. *eod.* L. 17. pr. D. *de legat.* III. (32.)
(22) L. 41. L. 42. L. 43. pr. L. 114. § 9. D. *de legat.* I. (30.)
(23) L. 41. § 5. D. *eod.*
(24) L. 34. § 1. D. *eod.*
(25) L. 53. § 2. D. *eod.*
(26) § 16. J. *eod.* L. 53. § 3-9. L. 65. § 2. D. *eod.* L. 63. L. 89. § 7. D. *de legat.* II. (31.) L. 22. § 2. D. *de legat.* III. (32.)
(27) § 6. 9. J, *eod.* L. 34. § 1. 7. 8. D. *de legat.* I. (30.). Non si oppone L. 108. § 1. D. *eod.*
(28) L. 45. § 2. L. 86. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *eod.* L. 65. § 1. D. *de usufructu* (7. 1.)
(29) L. 86. D. *de legat.* I. (30.). La cosa è diversa pel *legatum generis* L. 45. § 11. D. *eod.*
(30) L. 70. § 1. L. 84. § 4. L. 116. § 4. D. *eod.* L. 18. pr. D. *de servit.* (8. 1.)

il legatario dee patire le servitù reali ed altri pesi imposti sul fondo legato (31). D. Nondimeno la cosa va altrimenti per rispetto alle servitù personali, che il gravato dee sempre riscattare (32), come pure E. per rispetto ai dritti di pegno, pei quali si distingue se il testatore li conosceva o no, giacchè se dall'una o dall'altra parte non si dimostri una volontà contraria del testatore, colpiscono il legatario solo quei dritti di pegno che erano ignoti al testatore, ma al contrario il gravato deve riscattare quei dritti di pegno che il testatore conosceva, anche quando lo stesso creditore pignoratizio fosse il legatario (33), e se il creditore avesse di già venduta la cosa,è tenuto o a riacquistare la cosa, o a prestarne il valore (34).8) Per regola il gravato non è tenuto a prestar l'evizione(35),neppure pei legati a favore di stretti parenti (36),salvo quando a costoro non siasi lasciato che la sola legittima (37). Nondimeno s'intende da sè che, quando il gravato nei casi in cui era tenuto a comprare la cosa altrui, o a riscattare i dritti che un terzo vi avea sopra, da la cosa senza aver fatto ciò, ed in conseguenza ne segue l'evizione, gli può esser domandato che riacquisti la cosa, ovvero ne paghi il valore, perchè in questi casi egli non ha pienamente adempiuta la sua obbligazione (38). Se più cose determinate sono state legate elettivamente, allora naturalmente dee determinarsi prima di tutto secondo le regole sul dritto di scelta nei legati, qual cosa si debba dare; ma fatta una volta la scelta allora si debbono applicare quei principii, che sarebbero stati applicabili, se la cosa scelta fosse stata essa sola legata (39).

(31) L. 69. § 3. D. *de legat*. I. (30.) L. 66. § 6. L. 76. § 2. D. *de legat*. II. (31.)

(32) L. 26. L. 66. § 6. L. 76. § 2. D. *eod*.

(33) § 5. J. *de legat*. (2. 20.) L. 57. D. *de legat*. I. (30.) L. 15. D. *de dote prae leg*. (33. 4.) L. 6. C. *de fideicomm*. (6. 42.)

(34) L. 6. C. cit.

(35) Imperocchè se il testatore ha per errore legato la cosa altrui, quest'atto è certamente nullo V. Nota 14.

(36) L. 77. § 8. D. *de legat*. II. (31.) L. 36. § 1. D. *de usufr. leg*. (33. 2.). Questo è affatto strano, imperocchè qui sussiste il legato, sebbene il testatore abbia errato sulla proprietà della cosa, e però ad ogni modo il gravato dee dare la cosa quando il può V. Nota 15.

(37) L. 36. pr. C. *de inoff. test*. (3.28.)

(38) Si potrebbe in certo modo allegar come eccezione anche il caso, in cui il gravato ha data un'altra cosa in vece di quella che era stata legata, e quella è stata evinta. Ma qui ancora il legatario ha acquistato la cosa ricevuta come in transazione, e quindi a titolo oneroso.

(39) Segnatamente anche qui per le cose proprie del testatore, dopo la scelta, la proprietà passa nel legatario L. 34. § 14. D. *de legat*. I. (30.) L. 23. pr. D. *de legat*. II. (31.)

2.° Il legato di cose singole determinate solo in *quanto al genere*, *legatum generis*, il quale non è valido se non quando si trovino nell'eredità cose del genere nominato (40), nel che parimenti sono da applicare le regole intorno al dritto di sceglicre (41). Dopo fatta la scelta anche qui la proprietà passa per sè stessa nel legatario (42), e se la cosa data sia evinta, se ne dee dare un'altra, purchè il legatario prima della contestazione della lite abbia denunziato la lite al gravato (43); inoltre il gravato è responsabile per le qualità che ha assicurate, e trattandosi di schiavi è anche tenuto a dare una cauzione per assicurare che lo schiavo scelto non sia un ladro, e non sia colpito da alcun'azione noxale (44).

3.° *Il legato di una quantità di cose fungibili*. Per verità se questo legato 1) riguarda una massa di cose fungibili individualmente determinata, allora si procede perfettamente come pel legato di cose speciali, e quando anche il testatore avesse indicata una quantità maggiore di quella che nella massa si contiene, il legatario non riceve niente di più di quel che effettivamente vi si trova (45), 2) Se son legate cose fungibili senza indicazione della quantità, vi abbia o non vi abbia il testatore aggiunto le parole « *dalle sue cose* » ; il legato non si riferisce se non a quelle cose della specie indicata che si trovano nell'eredità (46), ma d'altra parte tutte queste cose debbono esser date ; imperocchè l'opinione di Trebazio, che si debba lasciare all'erede la facoltà di dare quanto el voglia non fu seguita (47). Soltanto , il legatario non ha alcun dritto a quelle cose che il testatore potea semplicemente domandare, ma che di già non gli appartenevano (48). Nello stesso modo 3) si procede quando si è permesso al legatario di prendersi una data quantità di cose fungibili di una determinata specie , nel qual caso parimenti ciò non può cadere che sulle cose della specie indicata che si

(40) L. 65. pr. L. 71. pr. D. *de legat*. I. (30.)

(41) V. § 378.

(42) Anche il *legatum generis*, secondo il dritto antico poteva essere un *legatum vindicationis* L. 65. pr. D. *eod*. e la L. 1. C. *comm. de legat*. (6. 43.) dà la vindicazione così generalmente, che si deve ammettere per tutte le cose appartenenti al testatore.

(43) L. 58. D. *de evict*. (21. 2.) L. 29. § 3. D. *de legat*. III. (32.) Confr. § 280. Nota 46.

(44) L. 45. § 1. D. *de legat*. I. (30.)

(45) L. 34. § 4. L. 51. L. 108. § 10. D. *eod*. L. 8. L. 15. D. *de trit. leg*. (33. 6.)

(46) L. 1. L. 2. pr. L. 7. pr. L. 9. L. 10. L. 16. D. *de trit. leg*. (33. 6.) L. 85. D. *de legat*. III. (32.)

(47) L. 7. pr. D. *de tritico legato* (33. 6.)

(48) L. 34. pr. D. *de auro leg*. (34. 2.)

trovano nell' eredità, ma l' erede può esser costretto con l' *actio ad exhibendum* a presentare queste cose per osservarle e farne la scelta (49). Del resto in tutti e tre questi casi, se trattasi di liquidi, debbono insieme consegnarsi i vasi o le botti, nelle quali son conservati, purchè queste non sieno pertinenze della casa, come le grosse botti di un cellajo (50). 4) Ma se siasi semplicemente legata una quantità assolutamente o relativamente determinata di cose fungibili di una certa specie, allora queste si debbono ad ogni modo procurare (51), presupposto però che questa specie di cose esista in generale (52), e si debbono anche consegnar più volte, se la medesima quantità sia stata ripetutamente legata (53). Se delle cose della specie legata vi sieno più sorte o qualità, la scelta si appartiene al gravato (54); salvo se il testatore avesse anche indicata la qualità, ed in questo caso il legatario deve aspettare, se occorre, finchè possa esser consegnata una quantità sufficiente di questa qualità, e non riceve nulla quando non se ne può aver nulla (55), il che nondimeno non si estende al caso che il testatore abbia semplicemente indicato onde il gravato abbia a prendere i mezzi per l'esecuzione del legato, come l' indicazione dei mezzi di pagamento nei legati di danaro, nel dubbio, si suol ritenere; giacchè per questo l'adempimento del legato non dipende dall' esistenza o dall' attuabilità di questi mezzi (56), nondimeno, allorchè questi mezzi debbono aver luogo posteriormente, il gravato può fino a quel tempo differirne l' adempimento (57). Quando il legato di cose fungibili riguarda cose dell'eredità, secondo il dritto antico potevasi applicare anche la forma del *legatum vindicationis*, ed allora la proprietà passava nel legatario al tempo dell'adizione dell'eredità, o se si dovea fare una scelta, al tempo che questa si faceva (58), e da ciò segue che nelle indicate circostanze ora la proprietà passa sempre *ipso jure* nel legatario (59).

(49) L. 2. § 1. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(50) L. 3. § 1. L. 14. L. 15. D. *eod.* L. 3. § 11. L. 4. pr. D. *de penu legato* (33. 9.)

(51) L. 3. pr. L. 13. D. *de trit. leg.* (33. 6.) L. 12. pr. L. 43. § 1. D. *de legat.* II. (31.) L. 88 D. *de V. S.* (50. 16.)

(52) L. 5. L. 7. § 1. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(53) L. 12. D. *de probat.* (22. 3.) L. 34. § 3. 6. L. 113. § 2. D. *de legat.* I. (30.) L. 44. § 1. D. *de legat.* II. (31.)

(54) L. 4. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(55) L. 17. § 1. D. *de annnis leg.* (33. 1.) L. 13. D. *de trit. leg.* (33. 6.)

(56) L. 96. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 27. § 2. D. *de legat.* III. (32.)

(57) L. 26. pr. D. *quando dos.* (36. 2.)

(58) Caj. II. 196. Ulp. XXIV. 7.

(59) L. 1. C. *commun. de legat.* 6. 43.)

4.° *Il legato di un complesso di cose, legatum universitatis rerum*, nel quale parimenti, quando sieno cose ereditarie, il passaggio della proprietà nel legatario si regola secondo principii eguali (60). Ciò che in questo caso 1) si dee comprendere nel legato complessivo dee determinarsi non solamente secondo la propria significazione dell'indicazione adoperata, ma ancora secondo l'uso del linguaggio del luogo o del testatore (61). 2) Quando non si sia precisamente dichiarato, o non si faccia aperto dalle circostanze, che il testatore volle legare precisamente ciò che al tempo della formazione del testamento si conteneva in quel complesso (62), dee riguardarsi come legato ciò, che alla sua morte vi si trova compreso (63), e ciò solamente in quanto non vi sia entrato solamente per caso e per uno scopo transitorio (64), mentre al contrario ciò che n'è uscito solo temporaneamente va parimente compreso nel legato (65). 3) Finchè rimane anche una sola parte del complesso, questa almeno debb'esser data (66); ma se il complesso soltanto come pertinenza di un' altra cosa siesi legata insieme con questa, allora se la cosa principale è perita o è stata alienata dal testatore, si estingue il il legato (67). 4) Se alcuno leghi tutte le sue cose di una determinata specie, il legato comprende anche quelle cose della detta specie, sulle quali egli abbia un dritto di comproprietà, per quel che gli appartiene, ma non già anche quelle cose, sulle quali non ha che un dritto di pegno o una servitù (68), o le quali sono state acquistate a fine di farne commercio (69), nè quelle, che un altro gli deve (70). 5) Inoltre se si son

(60) Imperocchè anche questo legato, secondo il dritto antico, poteva essere un *legatum vindicationis*, anzi d'ordinario era tale, essendochè in esso per regola, i Giureconsulti classici adoperano la formola *do lego* V. ancora § 18. J. *de legatis* (2. 20.) L. 22. D. *de legat.* II. (31.)

(61) L. 69. § 1. L. 75. L. 76. D. *de legat.* III. (32.) L. 7. § 2. L. 8. L. 10. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)

(62) L. 7. L. 40. pr. D. *de auro legato* (34. 2.)

(63) § 18. J. *de legatis* (2. 20.) L. 21. D. *de legatis* I. (30.) L. 28. D. *quando dies* 36. 2.) L. 6. pr. L. 32. § 8. 9. L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)

(64) L. 41. § 6. L. 44. L. 73. § 4. L. 79. § 1. L. 86 L. 92. D. *de legat.* III. (32.) L. 32. § 2. 3. D. *de usu legato* (33. 2.) L. 18. § 12. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 2. C. *de V. S.* (6. 38.)

(65) L. 20. § 6. 18. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 86. D. *de legat.* III. (32.)

(66) § 18. J. *de legat.* (2. 20.) L. 22. D. *de legat.* I. (30.)

(67) § 17. J. *eod.* L. 1. § 1. D. *de instr. leg.* (33. 7.) L. 1. L. 2. D. *de pecul. leg.* (33. 8.). Non si oppongono L. 3. L. 4. D. *eod.*

(68) L. 71-74. D. *de legat.* III. (32.) L. 9. § 2. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)

(69) L, 73. § 4. D. *de legat.* III. (32.) Confr. Nota 64.

(70) L. 27. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)

legate tutte le cose che si trovano in un determinato luogo, allora ne sono esclusi i titoli di credito, che quivi si trovano, imperocchè essi non si considerano come cose (71); e 6) se un testatore ha legato alcune cose acquistate per sè o per altri, non appartiene al legatario se non ciò che effettivamente vivendo il testatore si era già comperato ed esisteva ancora alla sua morte, e non già quel che erasi soltanto stabilito, o che era stato nuovamente alienato (72).

Continuazione.

§ 380. Alle predette regole generali intorno al legato complessivo si aggiunge anche una moltitudine di disposizioni speciali e di regole d'interpetrazione pei singoli casi, le quali però debbono usarsi con molto accorgimento, imperocchè per la maggior parte son semplici deduzioni dall'uso del linguaggio Romano. I casi principali, ai quali siffatti principii speciali si riferiscono sono:

1.° Il *legatum fundus vel domus cum omnibus ibi repertis*, il quale comprende non solamente tutte le cose del testatore che alla sua morte si trovavano sul fondo legato, eccetto i titoli creditorii, ma anche le cose che vi appartenevano e che temporaneamente ne erano state separate (1).

2.° Il *legatum fundi instructi* s. *cum instrumento* (2), cioè il legato di un fondo con l'istrumento, *instrumentum*, *dos praedii*, *ἐνθῆκαι* sotto di cui va compreso qui tutto ciò che serve alla coltivazione del medesimo (3), gli schiavi, gli animali da tiro e da soma, il bestiame ed altri animali che hanno relazione colla coltura (4), le masserizie inservienti al comodo o all'uso del padrone (5), comprese quelle cose determinatamente acquistate per la caccia e per la pesca (6), e le provigioni destinate per l'uso del fondo (7),

(71) L. 86. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 18. § 14. D. *de instr. leg.* (33. 7.)
(72) L. 2. L. 4. L. 5. L. 34. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.)
(1) L. 18 § 12-14. L. 20. § 6. 8. L. 27. § 1. D. *de instr. leg.* (33. 7.). Ma in rapporto alle scritture di obbligo s'incontra nuovamente una eccezione allorchè si sono insieme legati dei crediti *kalendarium* L. 6. D. *eod.*
(2) L. 1. L. 2. § 1. L. 5. D. *eod.* § 17. J. *de legat.* (2. 20.)
(3) L. 1. § 2. L. 8. L. 12. pr. D. *eod.* L. 2. C. *de V. S.* (6. 38.)
(4) L. 4. L. 9-11. L. 12. § 2-9. D. *eod.* L. 2. C. cit.
(5) L. 8. L. 12. § 1. 10. 11. 28-35. 41. 42. L. 26. § 1. D. *eod.*
(6) L. 12. § 12. 13 L. 17. § 1. D. *eod.*
(7) L. 12. pr. § 39. L. 18. § 9. D. *eod.*

nondimeno se il fondo è stato dato in locazione non van comprese queste cose se non per quanto appartengano al locatore, salvo quando tutti gli oggetti che guarniscono il fondo appartengono al conduttore, nel qual caso il gravato deve comprarli o darne il valore (8).

3.° Il *legatum domus instructae*, il quale parimenti comprende tutte le cose che servono all' uso della casa, ma non già anche le mercanzie ed altre provigioni (9).

4.° Il *legatum navis instructae*, nel quale si dee consegnare tutto ciò che si trova nella nave insieme cogli schifi (10).

5.° Il *legatum instrumenti fundi vel domus*, nel quale ciò che serve a guarnire la casa o il fondo vien preso in senso alquanto più ristretto che se fosse stato legato insieme col fondo; imperocchè l' *istrumentum fundi* qui non comprende le masserizie di casa (11), e neppure ciò che era destinato per l'uso del padrone (12), e l'*instrumentum domus* qui non comprende quelle cose che si trovano nella casa solo per ornamento e diletto (13).

6.° Il *legatum penus*, il quale si estende a tutto ciò che immediatamente è destinato al consumo ed all' uso domestico e per conseguenza si estende alle provigioni di commestibili e di liquori (14), ai foraggi (15), alle legna ed ai carboni (16), ed altre provviste pei bisogni della casa come, lucerne, unguenti, profumi, tavole incerate, ed altri materiali da scrivere (17), ma non si estende anche alle cose di questa specie destinate a vendersi (18). Se queste cose si trovino in recipienti, che non son pertinenze della casa, debbono esser consegnate insieme con esse (19), e se non si sono espressamente legate solamente quelle cose della predetta specie che si trovano in un determinato luogo, bisogna consegnar tutte quelle, che il testatore in qualsivoglia luogo avea (20).

7.° Il *legatum suppellectilis*, cioè il legato delle proprie masserizie

(8) L. 24. D. *eod.*
(9) L. 12. § 43. L. 15. § 1. D. *eod.*
(10) L. 29. D. *eod.*
(11) L. 12. § 13. L. 16. pr. D. *eod.* Confr. con L. 12. § 28. D. *eod.*
(12) L. 12. § 27. D. *eod.*
(13) L. 12. § 16-26. D. *eod.*
(14) L. 3 pr. § 1-6. 8. L. 5. D. *de penu leg.* (33. 9.)
(15) L. 3. § 7. D. *eod.*
(16) L. 3. § 10. D. *eod.*
(17) L. 3. § 10. 11. D. *eod.*
(18) L. 4. § 2. D. *eod.*
(19) L. 3. § 11. L. 4. pr. D. *eod.*
(20) L. 4. § 4. 5. L. 7. D. *eod.*

di casa (21) ad esclusione degli istrumenti rustici, degli animali, del vasellame d'oro o d'argento, delle vesti, delle opere d'arte, delle cose preziose, ed ornamenti di gioje, dei libri, e delle cose consumabili che appartengono al *poenus* (22). Non si ha riguardo al valore delle cose, ed anche oggetti d'oro o d'argento, avuto riguardo al loro scopo, possono far parte delle masserizie di casa (23), tra le quali son compresi eziandio i cocchi e le portantine (24). Se è manifesto che il testatore abbia inteso comprendervi delle cose che altrimenti non apparterrebbero ai mobili di casa, anche a queste debbesi estendere il legato (25); ma in mancanza di una più precisa determinazione, non si dev' estendere se non a quei mobili, che ognuno suole avere pel bisogno giornaliero, e però se ne debbono escludere quegli oggetti, che il testatore si avea procurati per suoi speciali rapporti, o soltanto per ornamento e diletto (26).

8.° Il *legatum auri vel argenti*, il quale, se è disposto senza alcuna limitazione, comprende tutto l'oro e l'argento del testatore lavorato o non lavorato, eccetto solo il danaro contante (27), le masserizie d'oro o di argento, e gli ornamenti d'oro e di argento destinati ad altre cose (28), ma insieme con le cose d'oro e di argento vanno anche quelle altre cose che con esse son congiunte come parti (29). Se si è legata soltanto una quantità d'oro o di argento, allora si applicano le regole sulle quantità legate (30); ma se si è legato un peso determinato di oro o d'argento lavorato, il legatario non ha dritto a pretendere la soddisfazione del legato se non dagli oggetti d' oro o d' argento che si trovano nell'eredità, e fino al peso dovuto, nel che non si prendono in considerazione anche gli oggetti rotti, ed il legatario anche quando la scelta appartiene a lui non può separare i vasi che formano una collezione (31). Da ultimo se si è legato l'oro o l'argento coniato, allora si

(21) L. 1. L. 3. L. 5. L. 7. § 1. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)
(22) L. 1. L. 2. L. 6. § 1. L. 7. § 1. D. *eod.*
(23) L. 3. § 3-5. L. 7. § 1. L. 9. § 1. D. *eod.* L. 19. § 7. D. *de auro leg.* (34. 2.)
(24) L. 4. D. *de suppell. leg.* (33. 10.)
(25) L. 7. § 2. L. 8. L. 10. D. *eod.*
(26) L. 6. pr. L. 7. § 1. L. 11. D. *eod.*
(27) L. 19. pr. L. 27. § 1. 4. D. *de auro leg.* (34. 2.) Confr. con L. 28. D. *eod.*
(28) L. 19. § 6. 8. 9. L. 27. § 5. D. *eod.*
(29) L. 19. § 4. 5. 20. L. 27. § 6. L. 29. D. *eod.*
(30) L. 1. § 1. L. 19. § 1. 35. D. *eod.*
(31) L. 19. § 2. 3. L. 27. § 3. D. *eod.*

debbono dare oltre del danaro di uso anche le monete che non sono in corso, come pure le medaglie (32). Ma in nessun caso appartiene al legatario ciò che il testatore dovea avere da altri (33).

9.° *legatum vestium* s. *vestimentorum*, il quale oltre alle vesti di ogni maniera (34) comprende ancora non solamente i tappeti, le coperte e i veli per mobili ed altre cose (35), ma ancora tutte le tele già finite quando anche non sieno state ancora tagliate dal telajo (36).

10.° Il *legatum ornamentorum*, nel quale si comprendono soltanto gli ornamenti di cui realmente si fa uso ma non già le perle sciolte le pietre preziose ed altre cose simili non ancora adoperate (37).

11.° Il *legatum mundi*, il quale comprende solo gli oggetti che servono alla nettezza ed alla cura della persona (38).

12.° Il *legatum unguentorum*, il quale comprende gli unguenti, gli olii, le pomate, le acque odorose, ed altre cose di tal fatta, delle quali il testatore si serviva pel diletto, per la nettezza del corpo, o per la sanità (39).

13.° Il *legatum lini*, il quale comprende tutti gli oggetti di lino e tutte le telerie del testatore, senza distinzione di colore (40).

14.° Al contrario il *legatum lanae* comprende solo gli oggetti di lana non colorati nè cuciti, e la lana grezza, ma non già anche il vello delle pecore (41).

B. Legato di dritti reali.

§ 381. Un secondo oggetto principale dei legati si compone dei dritti reali sulle cose; infatti:

1.° Le *superficies* si possono legare in due guise, giacchè non solo può avvenire 1) che il proprietario di un fondo per mezzo di un legato stabilisca una *superficies* sul medesimo (1), ma 2) può anche avvenire

(32) L. 27. § 4. D. *eod.*
(33) L. 27. § 2. D. *eod.*
(34) L. 23. L. 24. L. 25. pr. § 1-9. L. 26. L. 33. D. *eod.*
(35) L. 23. § 1. L. 25. § 1-3. D. *eod.*
(36) L. 22. D. *eod.*
(37) L. 25. § 10. 11. L. 26. L. 37. L. 40. § 2. D. *eod.*
(38) L. 8. L. 25. § 10. L. 32. § 7. L. 39. pr. D. *eod.*
(39) L. 21. § 1. L. 25. § 12. D. *eod.*
(40) L. 70. § 11. 12. D. *de legat.* III. (32.)
(41) L. 70. pr. § 1-10. D. *eod.*
(1) L. 1. § 7. D. *de superfic.* (43 18)

che un superficiario leghi ad un altro il suo dritto , nel qual caso gli eredi debbono pagare il *solarium* arretrato (2).

2.° L'enfiteusi può solo formar l'oggetto di un legato in questa seconda maniera (3) , nel qual caso gli eredi parimenti debbono soddisfare i canoni arretrati(4),ma il legatario deve pagare il *laudenium*(5).

3.° Per contrario il legato di un dritto di pegno non può riguardar mai la trasmissione di un dritto di pegno esistente, ma solo lo stabilimento di un nuovo dritto di pegno sulle cose del testatore o dell'erede, e si aggiugne che questo legato fu la prima volta riconosciuto dalle costituzioni Imperiali e segnatamente di Settimio Severo(6). Allorchè questo dritto di pegno assicura un credito, pel quale gli eredi gravati anche senza di ciò sarebbero responsabili, nel rapporto colla quarta falcidia debb'essere annoverato tra i legati senza valore pecuniario; ma se gli eredi per questo legato possono effettivamente perder qualche cosa, come quando l'oppignorazione fu fatta per un debito altrui, o quando ha per oggetto le cose proprie di uno fra più coeredi, sono qui applicabili i principii sopra i legati condizionali (7).

4. Del pari il legato di una servitù non può riguardare che lo stabilimento della medesima 4). Ed in tal rapporto le servitù reali naturalmente presuppongono che il legatario abbia o acquisti un fondo, al quale la servitù possa esser dovuta, e se il futuro *praedium dominans* appartiene a più persone, la servitù dev'esser legata a tutte, imperocchè un acquisto parziale di una servitù reale non può aver luogo (8). Ma in questa presupposizione la servitù su i fondi proprii del testatore prende origine anche *ipso jure* col deferimento del legato, il quale, se non vi sia aggiunta alcuna condizione, avviene al tempo stesso della morte del testatore (9). E però qui il legatario può rivendicare im-

(2) L. 39. § 5. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 71. § 6. D. *eod.* Se sia costituita una enfiteusi mediante un legato, l'erede deve primamente conchiudere il necessario contratto enfiteutico, e quindi il legato contiene una *obligatio heredis*, la quale cade sotto un altro punto di vista (§ 385.), ma in questo caso non si costituisce immediatamente il dritto reale.

(4) L. 39. § 5 D. *eod.*

(5) Imperocchè secondo la L. 3. C. *de jure emphyt.* (4. 66.) il nuovo proprietario deve pagare il *laudemium*.

(6) L. 26, pr. D. *de pign. act.* (13. 7.) L. 9: D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 12. D. *de alim. leg.* (34. 1.) L. 1. C. *commun. de legat.* (6. 43.)

(7) V. § 373. Nota 78.

(8) L. 2. L. 3. L. 5. D. *de serv. legata* (33. 3.) L. 11. D. *de servitut.* (8. 1.) L. 18. D. *comm. praed.* (8. 4.) L. 49. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 140. § 2. D. *de V. O.* (45. 1.)

(9) L. 3. L. 6. D. *de serv. leg.* (33. 3.) L. 5. § 1. D. *quando dies* (36. 2.)

mediatamente la servitù, cioè farla valere mediante *l'actio confessoria* (10) mentre al contrario nel legato di una servitù sopra fondi altrui non si può applicare che l'*actio ex testamento*, imperocchè qui gli eredi debbono in prima comperar la servitù. Se son più i gravati, tutti son tenuti solidalmente (11). In alcuni casi una servitù reale si ritiene come tacitamente legata: A. quando il testatore avendo in un modo corrispondente ad una servitù usato di un fondo a benefizio di un altro fondo, ha legato quest'ultimo, nel qual caso il legatario ritiene quell'uso come servitù, anche quando il fondo serviente non rimanesse all'erede ma fosse del pari legato ad un altro (12); B. quando è necessario lo stabilimento di una servitù di passaggio per andare ad un fondo legato, nel qual caso gli eredi sono anche tenuti di procurare il passaggio necessario (13), e C. quando gli eredi potrebbero torre la luce ad una casa legata, nel qual caso il legatario riceve insieme la *servitus ne luminibus officiatur* (14). Per la stima del legato di servitù reali non vi ha regole speciali, ma questo legato si dee ad ogni modo valutare per un prezzo (15). 2) Le servitù personali per verità non dipendono dalla condizione del possesso di fondi da parte del legatario; ma al contrario questi dee sopravvivere all'adizione dell'eredità, imperocchè il deferimento del legato non avviene che nel momento dell'adizione (16), sebbene Labeone fosse di altro avviso, e volesse che, come negli altri legati, si riguardasse solo la morte del testatore (17). Le servitù personali possono stabilirsi mediante legato in tre modi: A. legando la proprietà di una cosa e riserbando agli eredi una servitù personale sopra di essa (18), ovvero viceversa B. lasciando la proprietà agli eredi, e legando ad un altro una servitù personale sulla cosa (19), ovvero C. legando ad uno la proprietà di una cosa, e ad un altro una servitù per-

(10) L. 3. L. 7. D. *de serv. leg.* (33. 3.)

(11) L. 7. D. *eod.* L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(12) L. 1. L. 3. L. 4. D. *de servit. leg.* (33. 3.)

(13) L. 44. § 9. D. *de legat.* I. (30.) L. 15. § 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2. L. 1. § 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 2. § 2. D. *si servit.* (8. 5.)

(14) L. 10. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 30. D. *de usufr.* (7. 1.)

(15) L. 80. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(16) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. L. 14. pr. § 1. D. *quando dies* (36. 2.) L. 7. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 18. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.) L. un. § 2-4. D. *quando dies ususfr. legati cedat.* (7. 3.) Fragm. Vat. § 44. 60. 62.

(17) Fragm. Vat. § 60.

(18) § 1. J. *de usufr.* (2. 4.) L. 6. pr. D. *eod.* (7. 1.) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 26. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(19) § 1. J. cit.

sonale sulla medesima, ed in quest'ultimo caso, quando il testatore non abbia disposto il contrario, partecipa della servitù anche colui che ottiene la proprietà (20). Tra più collegatarii quì ha luogo il dritto di accrescimento non solamente quando alcuno non acquista la sua parte, ma anche quando alcuno viene di poi a mancare, nel qual caso il suo dritto passa negli altri, cosicchè la servitù rimane in tutta la sua estensione, finchè non venga a mancare anche l'ultimo(21), ed è anche più singolare che anche colui, il quale restò soccumbente nel domandare la sua parte, al mancare degli altri, per rapporto alle parti di costoro può di nuovo far valere il suo dritto fondato sul legato, senza che gli faccia ostacolo l'*exceptio rei judicatae* (22). Ma questo non vale anche per gli eredi, ai quali sia semplicemente riserbata la servitù, giacchè in ciò non son riguardati come legatarii, e però non godono del dritto di accrescimento, ma come uno di essi viene a morire, quegli, al quale è stata legata la proprietà, entra incontanente a godere nel suo luogo(23). Se sia stata legata una servitù sulle cose proprie del testatore, allora questa si può direttamente far valere contro ognuno con l'*actio confessoria*, il che veramente, secondo il dritto antico, non poteva aver luogo che nel *legatum vindicationis* (24); ma con l' *actio ex testamento* si può anche domandare agli eredi gravati che procurino la cosa e la lascino godere (25), e pei fondi debbono oltre a ciò gli eredi prestare il passaggio necessario (26). Per la stima del legato è da vedere a quanto ammonti l'annuale ritratto della servitù. Quindi, se la servitù è costituita per un determinato numero di anni, siccome può avvenire(27), allora tutta l'entrata di questi anni costituisce il valore del legato; ma se la servitù si è costituita per tutta la vita, deve determinarsi quanti

(20) § 1. J. cit. L. 19. L. 26. § 1. D. *de usufr. leg.* (33. 2.) L. 9. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 6. pr. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(21) L. 1. § 1. 3. L. 3. § 2. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) Paul. S. R. III. 6. § 26

(22) L. 33. § 1. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 10. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.) L. 14. § 1. D. *de exc. rei jud.* (44. 2.)

(23) L. 1. § 4. L. 2. L. 3. pr. L. 6. § 1. D. *de usufr. accresc.* (7. 2.). Allorchè il legatario deve avere la proprietà dopo un tempo determinato, s' intende da sè che fino a quel punto gli eredi del morto erede conservano il godimento *jure dominii* L. 26. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(24) Fragm. Vat. § 52. Paul. S. R. III. 6. § 17.

(25) L. 3. pr. D. *de usufr.* (7. 1.) L. 6. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. l. c.

(26) Fragm. Vat. § 54. L. 15. § 1. D. *eod.* L. 1. § 2. 3. D. *si ususfr. pet.* (7. 6.) L. 41. pr. D. *de serv. praed. urb.* (8. 2.) L. 2. § 2. D. *si serv. vind.* (8. 5.)

(27) Fragm. Vat. § 48. 52. L. 6. L. 35. L. 35. L. 37. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. III. 6. § 33.

anni probabilmente possa vivere ancora il legatario, ed in ciò pei legatarii al di sotto dei trent'anni la presunzione di vita si estende a trent'anni, pei legatarii di età più avvanzata si estende a tanti anni quanti ne mancano per giungere ai sessanta, e pei legatarii che già avessero sessant'anni non si estende oltre a cinque anni (28). Non per tanto se la servitù non deve cominciare che dopo un tempo determinato, l' erede anche qui deve imputare nella sua quarta ciò che fino a quel punto ha percepito (29), e del pari, quando la servitù non si può esercitare che periodicamente, deve imputare il ritratto del tempo intermedio che a lui appartiene (30). Secondo la regola : *servitus servitutis non datur* non si dà alcuna vera servitù personale quando vien legato l'uso o l'usufrutto di una servitù reale esistente; nondimeno l' erede deve assicurare al legatario il godimento di siffatta servitù sua vita durante (31). Se il testatore è semplicemente comproprietario della cosa, sulla quale ha legato l' usufrutto, allora ne risulta la servitù sulla sola sua parte ideale, ma su questa la servitù continua ancho quando di poi sia seguita una divisione reale (32), e se il legato riguarda cose consumabili, allora si applicano, come da sè s' intende, i principii sul quasi *ususfructus* (33). Per la natura transitoria delle servitù personali possono le medesime legarsi anche successivamente a più persone, cosicchè debba subentrare un nuovo legatario, quando il primo sia morto o in altra guisa abbia perduta la servitù (34). In ciò non vi è nè una sostituzione propria, nè un fedecommesso imposto al primo legatario, sebbene anche un tal fedecommesso possa qui aver luogo (35), ma il legatario posteriore consegue un legato che sta da sè, sebbene sia condizionale, il quale gli vien dato immediatamente dagli eredi, e però costoro possono

(28) L. 68. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Se vi sono dei collegatarii, allora naturalmente si dee por mente all' età del più giovane, imperciocchè uno soltanto in fine conserva il godimento (Nota 21.), e secondo la computazione verisimile questi sarà sempre il più giovane. È meraviglioso che secondo la L. 68. pr. D. cit. anche nel *legatum ususfructus* fatto ad una persona giuridica debba computarsi soltanto una durata di trent'anni, sebbene qui l' usufrutto effettivamente duri cento anni V, § 181. n. IV.

(29) L, 7. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(30) L. un. pr. § 1. D. *quando dies ususfr. leg. ced.* (7. 3.) L. 13. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Fragm. Vat. § 68.

(31) L. 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(32) L. 31. D. *eod.*

(33) Ulp. XXIV. 26. 27. V. § 183. n. 2.

(34) L. 5. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7. 4.)

(35) L. 4. L. 29. § 2. D. *eod.* L. 9. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* (7. 9.) L. 29. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

anche dedurne la quarta. Anzi si può alla medesima persona legar di nuovo la medesima servitù pel caso che la venisse a perdere, nel qual rincontro le appartiene nuovamente un dritto alla servitù (36).

C. Legato di crediti e debiti.

§ 382. Un altro oggetto dei legati sono i rapporti di obbligazione, e questi possono far materia di un legato in tre guise, come *legatum nominis*, come *legatum liberationis*, e come *legatum debiti*.

1.° Il *legatum nominis* è il legato di un credito, il quale si presume anche quando si lega soltanto la scrittura di obbligo riguardante un credito (1). Con ciò l'erede è obbligato a cedere il credito (2), sebbene il legatario possa riscuoterlo con azione utile anche senza cessione, quando non siasi già intentata l'azione contro il debitore, nel qual caso, secondo la disposizione di Graziano, non è ammessa neppure la cessione, ma l'erede deve pagarne l'ammontare (3). Se il credito non esiste, il legato è invalido, e l'erede non è tenuto a pagarne la somma, anche quando dal testatore sia stata indicata una somma, e se il testatore abbia riscosso o rimesso il debito, il legato si estingue, eccetto che non risulti dalle circostanze una volontà contraria del testatore (5). Pel computo della quarta falcidia questo legato vien calcolato solo pel valore di ciò che il debitore effettivamente può pagare (6).

2.° Il *legatum liberationis* nel senso stretto e proprio significa quando il testatore per modo di legato rimette un debito ad un suo debitore, nel qual caso questi veramente si può difendere con l'*exceptio legati*, ma può anche richiedere dagli eredi una formale accettilazione (7). Se il legatario ha un *correus debendi*, è da vedere se il testatore abbia voluto rimettere pienamente il debito, o liberare soltanto

(36) L. 3. pr. L. 5. pr. D. *quib. mod. ususfr.* (7.4.) L. 8. D. *de annuis leg.* (33. 1.) L. 23. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)

(1) L. 59. D. *de legat.* III. (32.)

(2) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 44. § 6. L. 75. § 2. D. *de legat.* I. (30.)

(3) L. 18. C. *eod.* (6. 37.) Confr. con L. 3. L. 4. § 1. C. *de litigiosis* (8. 37.) Nov. 112. c. 1.

(4) L. 71. § 1. 2. D. *de legat.* I. (30.)

(5) L. 7 § 2. D. *eod.* L. 11. § 13. D. *de legat.* III. (32.) § 21. J. cit. L. 21. pr. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)

(6) L. 82. D. *ad leg. falc.* (35. 2.). Questo è il passo nel quale cominciano le famose *Tres partes* dei manoscritti.

(7) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 3. § 3. L. 25. D. *de liberat. leg.* (34. 3.) L. 8. § 1. D. *de doli except.* (44. 4.)

il legatario, giacchè nel primo caso anche il *correus* ottiene l'*exceptio legati*, ma nel secondo caso no (8). Ma nelle obbligazioni alternative la remissione di uno degli oggetti dovuti, nel dubbio vien sempre riguardata come remissione di tutto il debito (9). Se sia stata rimessa una somma maggiore di quella che il legatario doveva, nondimeno si estingue soltanto il debito effettivo (10), e se il debito non esista, il legato è nullo (11), come del pari si estingue allorchè il debito, vivendo il testatore, sia stato estinto, mentre, se gli eredi han ricevuto il pagamento del debito, son tenuti a restituirne l'ammontare al legatario (12). Per la computazione della quarta falcidia il debito rimesso vien calcolato pel suo intero ammontare, senza por mente alla solvibilità del debitore (13). Ma in un senso più esteso pel *legatum liberationis* s'intende anche 1) quando si è imposto agli eredi di non far valero un credito prima di un certo tempo, e quindi di non esigere alcun interesse fino a quel termine, (14), ovvero 2) allorchè gli eredi debbono pagare i debiti di un altro (15), ovvero allorchè 3) mediante il legato vien rimesso non già un credito ma un dritto reale del testatore sulle cose del legatario, il che può anche avvenire indirettamente, giacchè quando il testatore ha legato ad alcuno la sua propria cosa, si estinguono almeno i dritti che al testatore competeano su questa cosa (16). Del rimanente può farsi indirettamente anche il *legatum liberationis* nel senso proprio, come quando al fittajuolo di un fondo vien legatò l'usufrutto del medesimo o l'abitazione, nel che si contiene una liberazione dagli obblighi risultanti dal contratto di affitto, la quale a richiesta del legatario deve anche formalmente esser fatta (17).

3.° Finalmente chiamasi *legatum debiti* quando un debitore ha legato al creditore ciò che gli deve, il qual legato come di niuna utilità non vale se non assicura al legatario niente di più di quel che senza ciò potrebbe domandare (18), ma per contrario è valido quando in qua-

(8(L. 2. pr. L. 3. § 3-5. L. 5. L. 6. L. 10. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(9) L. 7. § 1. D. *eod.*
(10) L. 7. § 2. D. *eod.*
(11) L. 25. D. *eod.*
(12) L. 7. § 4-7. L. 13. L. 21. pr. § 2. D. *eod.*
(13) L. 22. § 3. L. 82. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(14) § 13. J. *de legat.* (2. 20.) L. 8. § 1-3. D. *de liber. legata* (34. 3.)
(15) § 22. J. *eod.* L. 8. pr. D. *eod.*
(16) L. 71. § 5. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(17) L. 30. § 1. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) L. 18. D. *de liberat. leg.* (34. 3.).
(18) § 14. J. *de legat.* (2. 20.) L. 29. D. *de jure dot.* (23. 3.) L. 29. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 10. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

lunque modo gli porta qualche vantaggio, come per esempio se il debito non era munito di azione, mentre ora gli compete l'*actio ex testamento* per richiederne il pagamento (19), ovvero se l'azione pel credito appartiene alle azioni pretorie annuali, o in generale alle azioni temporali (20), ovvero se al debito erano aggiunte delle condizioni, determinazioni di tempo o *modus*, mentre il legato non contiene siffatte restrizioni (21), ma principalmente se non esisteva alcun debito, nel qual caso la menzione del debito vien riguardata semplicemente come una falsa dimostrazione fatta di proposito, presupposto che il testatore abbia indicata la pretesa somma dovuta, imperocchè altramente qui non si potrebbe conoscere quanto gli eredi avessero a dare (22), e che non si tratti di cose individualmente determinate, che il testatore nè possiede nè deve dare al legatario (23). Nel caso ultimamente indicato il legato naturalmente si dee calcolare in tutto l'ammontare della somma legata, ma negli altri casi il *legatum debiti* nel computo della quarta falcidia si dee stimare soltanto secondo il vantaggio che il legato produce in confronto dell'originario credito (24). Se ad un creditore sia legata una cosa diversa da quella che formava l'oggetto del suo credito, quando anche questa sia il pegno costituito per sicurezza di quel credito, non si ritiene come data in compenso del medesimo, e però il legatario coll'accettare il legato non perde il suo credito (25).

D. Legato di una dote.

§ 383. Una specie del *legatum debiti* è la *dos relegata*, quando il marito lega la dote alla sua moglie o a chiunque altro, al quale dopo lo scioglimento del matrimonio la dote si appartiene, il che, in quanto il marito abbia effettivamente ricevuto una dote, è sempre un legato valido, perchè per lo meno cessano i termini, i quali altrimenti avrebbero luogo per la restituzione della dote (1). Finchè furono ammesse le deduzioni dalla dote *retentiones ex dote* da Giustiniano abolite, il

(19) L. 28. pr. D. *de legat.* I. (30.) L. 13. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(20) L. 28. pr. D. cit.
(21) L. 29. D. *eod.* L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 14. D. *de liberat. leg.* (34. 3.) § 14, J. *de legat.* (2. 20.)
(22) L. 71. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 25. D. *de liberat. leg.* (34. 3.)
(23) L. 1. § 7. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)
(24) L. 28. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 82. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 1. § 10. L. 5. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(25) L. 85. D. *de legatis* II. (31.)
(1) § 15. J. *de legat.* (2. 20.) L. 1. § 2. L. 4. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

legato ebbe anche quest'effetto, che cessavano queste deduzioni eccetto solamente per le spese necessarie, perchè queste *ipso jure* diminuiscono la dote (2). Se la dote sia stata promessa dal legatario medesimo, ma non data effettivamente, allora il legato non produce che la sua liberazione dall'obbligo di costituirla (3); per contrario se per altro modo la dote legata non esiste, ma nondimeno se ne è indicato l'ammontare, allora gli eredi son tenuti a pagar questa somma (4), e del pari quando il testatore ha indicato una somma maggiore della dote ricevuta, o ha designato come appartenenti alla dote certe cose determinate, i medesimi eredi son tenuti ad aggiungere ciò che manca, e a dar quelle cose (5), mentre quando manca l'indicazione dell'ammontare, il legato non contiene se non ciò che nella restituzione della dote bisognava consegnare (6), e per tal ragione non può essere imposto al legatario alcun peso, nè può esser dedotta alcuna quarta falcidia (7). Altrimenti va la cosa quando il testatore espressamente ha legato non già la stessa dote, ma il suo valore. Secondo un Editto del Pretore detto *Edictum de alterutro*, la moglie in questo caso avea la scelta se voleva avere il legato o la sua dote (8); ma Giustiniano stabilì che quando non fosse manifesta una intenzione contraria del testatore, la moglie potesse richiedere tanto il legato quanto la dote (9). Ma la dote può formare l'oggetto di un legato anche in un altro modo:

1.° Cioè il padre di un marito può lasciargli in legato la dote ricevuta per lui, nel caso di diseredazione, ovvero prelegargliela se lo istituisca erede. Anche in ciò si contiene in certo modo un *legatum debiti*, imperocchè la dote dopo la morte del padre per legge ricade al marito (10); ma in questo caso il marito dee prestar cauzione agli eredi di suo padre di difenderli contro la domanda della moglie, o di altre persone per la restituzione della dote dopo lo scioglimento del matrimonio (11).

(2) L. 1. § 3. 4. L. 5. D. *eod.*
(3) L. 1. § 7. D. *eod.*
(4) L. 6. § 1. D. *eod*, § 15. J. *de legat.* (2. 20.)
(5) L. 1. § 8. L. 2. § 1. L. 3. L. 6. pr. L. 12. D. *eod.*
(6) L. 1. pr. § 5. 6. 15. L. 9. L. 15. D. *eod.*
(7) L. 1. § 13. L. 2 pr. § 1. D. *eod.* L. 81. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(8) L. 7. pr. C. Th. *de testamentis* (4. 4.) Confr. con L. 2. 1. L. 8. L. 10. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)
(9) L. un. § 3. C. *de rei uxor. act.* (5. 13.)
(10) V. § 114. Nota 15.
(11) L. 1. § 10. 11. L. 7. pr. § 1.5. D. *de dote praeleg.* (33. 4.)

2.° Inoltre il padre di un marito può direttamente legare la dote alla moglie, nel qual caso gli eredi del padre debbono indennizzare il marito pel godimento della dote toltogli durante il matrimonio, purchè apparisca che il testatore abbia avuto intenzione che la dote si consegnasse alla moglie prima dello scioglimento del matrimonio (12).

3.° Un terzo caso è quando il marito lega la dote ad un altro, che non vi ha alcun dritto, il che non è valido, se non o quando il testatore abbia precisamente dichiarato di voler gravare doppiamente gli eredi e col legato e colla restituzione della dote, giacchè altrimenti si presume che il testatore sia stato in errore (13), o quando siasi imposto al legatario di restituire la dote a colui, al quale per legge si appartiene (14).

4.° Un quarto caso è quando la moglie lega la dote a suo marito, il che è un *legatum liberationis* per rispetto alla restituzione della dote (15).

5.° Da ultimo si può anche costituire una dote mediante un legato, nel che è permesso di rimetterne la quantità all' equa estimazione di terze persone (16), e le azioni, che risultano dal legato, spettano anche al marito o allo sposo della legataria (17). Se vien legata la dote ad una sposa, ed il matrimonio non si effettua, allora si estingue il legato, tranne se la legataria era pronta ad eseguire il matrimonio, e quindi lo scioglimento della promessa non è provenuto da lei (18).

E. Legato di prestazioni successive.

§ 384. Ben di frequente un legato riguarda prestazioni successive da farsi in tempi determinati, ed allora secondo la diversità del termine addimandasi *legatum annuum*, *menstruum*, *diurnum*. Qui son possibili i tre casi:

1.° Il legato debb'esser prestato perpetuamente dal gravato e da'suoi successori. Qui la prestazione annuale vien riguardata come un interesse alla ragione del quattro per 100, ed il capitale che risulta da questo interesse si ritiene come l'ammontare del legato (1).

(12) L. 1. § 9. D. *eod.*
(13) L. 16. D. *eod.*
(14) L. 1. § 12. D. *eod.*
(15) L. 11. D. *eod.*
(16) L. 14. D. *eod.* L. 43. D. *de legat.* III. (32.) L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (23. 3.)
(17) L. 29. L. 48. § 1. D. *eod.*
(18) L. 71. § 3. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(1) L. 3. § 2. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 6. L. 20. § 1. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

2.° Il legato è disposto per un tempo determinato. Allora ogni termine di pagamento vien riguardato come un legato condizionale speciale e separato , e però son da pagare soltanto quei termini che sono scaduti vivendo il legatario, ma l'erede ancora da ciascun termine deve imputare sulla sua quarta gli utili ritratti nel tempo intermedio (2) , e provvisoriamente bisogna attendere per vedere se scadono tanti termini, che sia necessario di fare una deduzione (3).

3.° Il legato è stabilito sulla vita del legatario o di un altro. In questo caso secondo la probabilità vien determinato quanto verisimilmente possa viver la persona, snlla vita della qnale è imposto il legato , e per conseguenza quanti termini debba probabilmente pagare il gravato , nel che la stima procede egualmente che nel caso precedente (4). Intorno alla verisimile durata della vita di una persona secondo la sua età attuale, si è composta a questo scopo una tavola (5); nondimeno pare che i Romani posteriormente anche in questa materia seguissero (6) la regola più semplice,che si usava nel legato delle servitù personali(7). Non è assolutamente necessario che le prestazioni successive sieno della stessa specie (8),ma debbono esser determinate,quando da altre circostanze non apparisca che cosa e quanto siasi inteso di dare (9) , o non siasi rimessa la determinazione della quantità all'equo arbitrio di

(2) L. 4. L. 11. D. *eod.* L. 10-12. D. *quando dies* (36. 2.). Non si oppone L. 18. pr. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

(3) L. 47. pr. L. 55. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(4) L. 55. L. 68. pr. D. *eod.*

(5) L. 68. pr. D. cit. Secondo questa per la
età da 1-20. anni bisogna presumere una durata di.... 30. anni
20-25. » » » » » » » » » 28.
25-30. » » » » » » » » » 25.
30-35. » » » » » » » » » 22.
35-40. » » » » » » » » » 20.
40-50 » » » » » » » » » altrettanti
anni quanti mancano ai 60. meno uno.;
da 50-55. bisogna presumere una durata di » » » » 9. anni.
55-60 » » » » » » » » » 7.
60, e al di là » » » » » » » » 5.

(6) La L. 68. pr. D. cit. si esprime assai dubbiosamente intorno a ciò, cosicchè non si vede se la deviazione riguardasse solo il *legatum ususfructus*. Ma è certo che dalla molto più antica L. 8. D. *de annuis leg.* (33. 1.) di Cajo, non si può conchiudere che una computazione ammessa nel *legatum ususfructus* dovesse valere anche nel *legatum annuum*.

(7) V. § 381. Nota 28.

(8) L. 11. D. *quando dies* (36. 2.)

(9) L. 14. D. *de annuis leg.* (33. 1.)

alcuno (10). Se il gravato non è erede, e l'erede abbia fatto da lui una deduzione per la quarta falcidia, non può per tal ragione fare egli stesso una riduzione nelle sue successive prestazioni (11). Una specie subordinata del legato di prestazioni regolarmente successive è il legato degli alimenti *legatum alimentorum* (12), nel quale, quando il legato si è lasciato per tutta la vita, la probabile durata della vita viene stabilita nel modo stesso che nel *legatum annuum* (13), ma vi sono parecchie specialità. Imperocchè 1), se il legato siasi fatto ad impuberi fino alla pubertà, l' impubertà, secondo la disposizione di Adriano, per le donne si estende fino ai 14 anni compiuti, pei maschi poi fino ai 18 anni compiuti (14). 2) Inoltre in seguito di una orazione di Marco Aurelio il legatario non può transigere col gravato sugli alimenti legati, se non coll'autorità del magistrato (15), e 3) il legato è valido non solamente quando il testatore ha determinato l' ammontare degli alimenti da prestarsi, ovvero ne ha lasciato la determinazione al giusto arbitrio del gravato o di un terzo (16), ma anche quando nulla si è detto intorno a ciò, nel qual caso si appartiene al giudice di stabilirne la quantità (17), il quale può anche dare delle altre disposizioni, che tendono ad assicurare la prestazione degli alimenti ed il loro ordinato impiego (18). Nel determinarsi gli alimenti dal giudice o da un altro è da vedere in prima se su tal proposito si possa rilevare la probabile volontà del testatore, altrimenti si dee prendere in considerazione la quantità del patrimonio e lo stato delle persone (19). Quando si può, ed il testatore non ha legato una parte determinata del mantenimento p.e. solo il nutrimento, si deve dare al legatario tutto ciò ch' è necessario ai bisogni del suo stato in abitazione, vestito, nutrimento e fuoco (20), ma non già ciò che si richiede per la coltura dello spirito (21), quando non si fosse imposto al gravato di provvedere anche a ciò (22). Se i bisogni del lega-

(10) L. 3. § 2-4. D. *eod.*
(11) L. 21. § 1. D. *eod.* L. 25. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(12) L. 8. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(13) L. 68. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(14) L. 14. § 1. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(15) L. 8. D. *de transact.* (2. 15.) L. 8. C. *eod.* (2. 4.)
(16) L. 5. L. 10. § 2. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(17) L. 22. pr. D. *eod.*
(18) L. 3. D. *eod.* L. 89. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(19) L. 10. § 2. L. 14. § 1. L. 16. § 3. L. 22. pr. D. *de alim. leg.* (34. 1.)
(20) L. 1. L. 6. L. 7. L. 14. § 3. L. 21. D. *eod.*
(21) L. 6. L. 7. D. *eod.*
(22) L. 7. L. 23. D. *eod.*

tario crescono cogli anni, allora è da prendere anche ciò in considerazione (23). Si può anche riguardare come una seconda specie subalterna dei legati annui il *legatum reditus*, allorchè la rendita di certi determinati oggetti deve per un dato tempo esser consegnata ad un altro, nel che allora non è da eccettuarsi alcuna specio di rendita (24).

F. Legato di azioni ed omissioni.

§ 383. Per lo più veramente i legati hanno per iscopo un dare, ma nondimeno possono anche avere ad oggetto una *obligatio faciendi vel non faciendi*, presupposto che l'azione o l'omissione imposta sia lecita e tale, che abbia un valore pecuniario (1). Il caso principale di un *legatum in non faciendo* è l'obbligo imposto agli eredi o ad un altro successore di non far valere affatto, o almeno prima di un certo tempo un qualche credito (2), nel che si contiene una specie del *legatum liberationis*. Al contrario ai legati che han per oggetto un'azione si riferisce in ispezialtà l'obbligo 1) di conchiudere con un altro un determinato contratto vantaggioso per costui, nel che il vantaggio che ne risulta pel legatario si ritiene come il valore del legato (3); 2) d'intraprendere a vantaggio di un altro certe opere o lavori (4), nel che, quando si tratta di lavori pubblici, il Comune, nel quale questi si debbono eseguire, vien riguardato come legatario, anche quando il testatore ciò non abbia detto, ed il giudice, se fa mestieri, può stabilire un termine pel compimento do'medesimi (5); 3) e di manomettere uno schiavo, *fideicominissum libertatis*, il quale non cominciò ad èsser munito di azione, che quando i fedecommessi cominciarono a potersi far valere per via di azioni, ma da quel tempo fu perfettamente valido (6), anzi per

(23) L. 10. § 2. D. *eod.*

(24) L. 78. § 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(1) L. 112. § 3. L. 114. § 8 D. *de legat.* I. (30.) L. 41. § 8. D. *de legat.* III. (32.) L. 92. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(2) § 13. 21. J. *de legatis* (2. 20.) L. 8. § 1-3. D. *de liberat. legat.* (34. 3.) L. 8. § 1. D. *de doli exc.* (44. 7.)

(3) L. 49. § 8. 9. L. 66. D. *de legat.* I. (30.) L. 11. § 15. D. *de legat.* III. (32.) L. 19. L. 30. § 1. L. 87. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 13. § 5. D. *de hered. pet.* (5. 3.)

(4) § 21. J. *de legat.* (2. 20.) L. 49. § 4. D. *de legat.* II. (31.) L. 3. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) Paul. S. R. III. 6. § 10.

(5) L. 6. § 2. D. *de auro leg.* (34. 2.) L. 17. § 8. D. *de usuris* (22. 1.)

(6) V. § 124. Nota 6-10. § 312. Nota 16. Il requisito che l'azione debba avere un valore pecuniario si verifica qui per questo solo che lo schiavo ha un valore pecuniario,

più rapporti era anche privilegiato, imperocchè non soggiaceva alla deduzione della quarta falcidia (7), s' incorreva nella mora al momento della scadenza, *mora ex re* (8), ed un numero di Senatoconsulti, che già in altre occasioni abbiamo incontrati, agevolarono ed assicurarono in modo speciale il conseguimento della libertà legata (9). È anche un valido legato l' obbligo di far dare ad un altro una utile istruzione anche quando non siasi indicata la specie d' istruzione, nel qual caso il giudice dee valutare quale istruzione sia conveniente al legatario pel suo stato (10).

G. Legato di una *universitas juris*.

§ 386. Alcuni legati che comprendono un complesso di oggetti del patrimonio di diversa specie, e quindi hanno per obbietto una così detta *universitas juris*, senza comprendere però tutta l' eredità del testatore o una quota della medesima, sebbene in sè stessi sieno annoverati tra i legati singolari, pure formano in certa guisa il passaggio ai legati universali. Di tal fatta può essere anche il legato di una dote, quando essa si compone di cose di diversa specie (1), ma due legati principalmente s' incontrano di questa specie.

1.° Il *legatum peculii*, allorchè il peculio di un figliuolo o di uno schiavo vien legato a questo medesimo o ad un altro, il che nell' ultimo caso in quanto al peculio di uno schiavo può aver luogo congiuntamente con lui, o senza il medesimo (2). In tutt' i casi il legato comprende ciò che alla morte del testatore si trova nel *peculium* (3), nondimeno da ciò può anche dedursi tutto ciò che il possessore del peculio doveva al testatore medesimo, ai suoi schiavi o figliuoli, o all' erede (4). Gli eredi per verità possono domandare giudizialmente i crediti appartenenti al peculio, ma debbono consegnarne l' ammontare al legata-

che il gravato perde per la manomissione, e che quindi si può riguardere come l' ammontare del legato.

(7) L. 8. § 9. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 33. L. 34. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(8) V. § 224. Nota 51.

(9) V. § 121. Nota 11-17.

(10) L. 12. D. *de legat.* III. (32.)

(1) V. § 383.

(2) L. 1. L. 6. § 2. 3. L. 8. § 8. L. 10. L. 19. § 2. L. 26. D. *de pecul. leg.* (33. 8.)

(3) L. 8. § 3-5. 8. L. 15. L. 19. § 2. L. 25. D. *eod.*

(4) L. 6. pr. § 1. 4. 5. L. 7. L. 8. pr. L. 9. § 1. L. 10. L. 16. D. *eod.*

rio (5). Soltanto, non può il legatario chiedere per via di azione ciò che il testatore medesimo dovea al possessore del peculio, ma può sibbene opporlo in compensazione, quando gli si voglia dedurre qualche cosa (6). I debiti particolari verso i terzi non passano propriamente al legatario, nondimeno l'erede può chiedere la *cautio defensum iri* contro i creditori, altrimenti non è tenuto a soddisfare il legato (7). Quando il peculio di uno schiavo è stato legato congiuntamente con esso, il legato si estingue mediante l'alienazione, la manomissione, o la morte dello schiavo (8), mentre al contrario quando allo schiavo medesimo sia stata legata la libertà ed il suo peculio, la sua manomissione avvenuta in vita del testatore non estingue il legato (9).

2.° Il *legatum hereditatis*, il quale può avvenire in tre modi: 1) il caso più semplice è quando il testatore lega ad un altro un' eredità a lui deferita, il che, secondo una decisione di Giustiniano, è da ammettersi anche quando il testatore istituisce il legatario erede di colui, dal quale l'eredità gli è pervenuta (10). L'effetto qui è somigliante all'alienazione dell'eredità fatta dall' erede, imperocchè l' erede è tenuto a consegnare al legatario tutto ciò che alla morte del testatore si trova ancora dell' eredità legata, ma il legatario deve anche addossarsi i debiti di quell'eredità, che in quel tempo non sono ancora soddisfatti (11). Per conseguenza il legatario qui si può paragonare ad un fedecommessario universale, e ciò ha avuto eziandio per effetto, che a lui come tale sia conceduto di costringere all' adizione l' erede, che non vuole accettare, e di farsi rendere in tal caso anche l'eredità del testatore, sebbene pare che i Giureconsulti Romani non siano stati totalmente d'accordo su questo punto (12). 2) Un secondo caso è quando è stato imposto all' erede di consegnare ad un altro un' eredità lasciatagli da un terzo, nel qual caso veramente l' erede non può esser costretto di accettare l' eredità legata, e non accettandola il legato si estingue, ma, se egli l'accetta o l' abbia accettata, ha luogo il medesimo effetto che nel caso precedente (13). 3) Il terzo caso finalmente è quando s'è imposto

(5) L. 5. L. 19. § 1. L. 23. pr. D. *eod.*
(6) L. 6. § 4. D. *eod.*
(7) L. 17. L. 18. D. *eod.*
(8) L. 1. L. 2. L. 12. D. *eod.*
(9) L. 19. § 1. D. *eod.*
(10) L. 14. C. *de hered. instit.* (6. 21.)
(11) L. 76. § 1. D. *de legat.* II. (31.) Confr. L. 28. D. *de donat.* (39. 5.)
(12) L. 16. § 5. 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(13) L. 27. § 9. 10. D. *eod.*

all' erede di lasciare ad alcuno alla sua morte il suo proprio patrimonio o una porzione del medesimo, la qual cosa lo obbliga fino a concorrenza dell' eredità del testatore (14).

2) *Legati universali.*

A. *Legatum partitionis, e legatum usufructus bonorum.*

§ 387. Fra i legati universali, che han per oggetto l'eredità del testatore o una quota della medesima il più semplice è il *legatum partitionis*, quando si è imposto all'erede di dare ad un altro una determinata porzione del patrimonio netto, fatta la deduzione dei debiti e delle spese (1), nel che però è mestieri che siasi espressamente dichiarato, che la quota legata debba computarsi solo sul patrimonio netto, imperocchè quantunque negli antichi legati ciò s' intendesse di per se, allorchè si legava una quota, nondimeno dopo che furono pareggiati i legati ed i fedecommessi, ogni comando dato all' erede di dividere con un altro l'eredità, nel dubbio è da intendersi come un fedecommesso universale; imperocchè la presunzione sta sempre per la teoria dei fedecommessi (2). Per determinare l'ammontare del legato, l'erede ha il dritto di prededurre ciò che nel computo della quarta falcidia vien dedotto dal patrimonio (3), giacchè la quota legata si prende solo da ciò che rimane (4). Se le cose si possono realmente dividere, sta nell' arbitrio dell' erede gravato di dare le parti effettive delle cose, ovvero il valore, ma per ciò che non si può realmente dividere il legatario dee avere la sua parte in danaro (5). Se di poi lo stato del patrimonio netto apparisca esser maggiore, o minore, allora è ben naturale che si possa richiedere un pagamento suppletorio ovvero una restituzione, e sulla richiesta debbono anche le parti precedentemente obbligarsi a ciò mediante le così dette *stipulationes partis et pro parte* (6). In difetto di piu precise in-

(14) L. 114. § 6. 7. D. *de legat.* I. (30.). V. in generale *Heise* de aliena hereditate restituenda Goett. 1816. 4.

(1) V. § 311. Nota 22.

(2) L. 2. C. *commun. de legatis* (6. 43.) Confr. con L. 19. § 1. L. 22. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(3) V. § 373. Nota 10-14.

(4) L. 23. L. 104. § 7. D. *de legat.* I. (30.) L. 9. D. *de legat.* II. (31.). Non si oppone L. 8. § 5. D. *eod.*, la quale non parla del legato di una quota, ma di una *certa pars bonorum*, cioè di una determinata porzione del patrimonio.

(5) L. 26. § 2. L. 27. D. *de legat.* I. (30.) L. 32. § 8. D. *de usufr. leg.* (32. 2.)

(6) § 5. J. *de fideicomm. hered.* (2. 23.)

dicazioni della quota, che il testatore ha inteso di lasciare, sotto l'espressione di una parte dell'eredità s'intende la metà, e sotto l'espressione della maggior parte s'intendono i due terzi (7), la qual regola d'interpetrazione si applica anche negli altri legati universali (8). Più artifiziosi sono i rapporti del *legatum ususfructus bonorum*, o *partis bonorum*. Anche qui si prelevano i debiti, e tutto ciò che l'erede può altrimenti dedurre dal patrimonio che dee impiegarsi a soddisfare i legati(9). Dopo ciò si dee stimare tutta la rendita, che il legatario può ritrarre durante l'usufrutto, e se il valore risultato dalla stima o da se solo o congiuntamente agli altri legati imposti all'erede supera i tre quarti dell'ammontare del patrimonio netto, l'erede ha il diritto di dedurre la sua quarta (10). Di poi è anche da esaminare se l'usufrutto sia legato sul patrimonio stesso o sul suo valore. Nell'ultimo caso si dee sempre pagare il valore in contante, e per conseguenza ne risulta sempre un *quasi ususfructus* per rapporto al denaro (11); nel primo caso al contrario dipende dall'erede se voglia dare il valore in danaro, o rilasciare gli stessi oggetti del patrimonio, per farne avere il godimento (12), nel qual caso si ha un *quasi ususfructus* soltanto per quel che non è suscettivo di un vero usufrutto (13). Ma il dritto del legatario, se alcuna cosa in particolare non sia stata eccettuata dal testatore(14), si estende sopra tutto ciò che appartiene al patrimonio del testatore, anche su i crediti, tanto se questi sono dei capitali dati in prestito, quanto se sono altri crediti, *Kalendarium* (15). Nondimeno per rispetto agl'interessi si deve distinguere: cioè gl'interessi dei capitali del testatore, che erano ancora dovuti alla sua morte, del pari che gl'interessi posteriori fino alla scadenza del legato appartengono per verità al legatario, ma solo come oggetto dell'usufrutto, mentre gl'interessi posteriori alla scadenza del legato sono una rendita che gli appartiene in proprietà. Per contrario se il denaro è stato impiegato dall'erede, il legatario in tal caso non ha alcun dritto sugl'interessi del medesimo, se non in quanto l'erede sia caduto in mora, imperocchè la rendita degli oggetti legati si

(7) L. 164. § 1. D. *de V. S.* (50. 16.) Confr. L. 46. C. *de decurionibus*(10. 31.)
(8) L. 43. D. *de usufr.* (7. 1.)
(9) L. 32. § 9. L. 43. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(10) L. 29. D. *de usufr.* (7. 1.)
(11) L. 42. § 1. D. *eod.*
(12) L. 32. § 8. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(13) L. 1-5. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)
(14) L. 32. § 2. 3. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.)
(15) L. 24. pr. L. 37. D. *eod.* L. 3. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

appartiene ai gravati, finchè non siano in mora (16). Nel rimanente anche questo legato si dee giudicare secondo le regole generali sul legato di servitù personali, e sull' usufrutto, e per conseguenza il legatario deve anche prestare la consueta *cautio usufructuaria* (17).

B. Fedecommessi universali.

§ 388. Dall' idea, che abbiamo svolta, del legato di partizione risulta da sè medesimo che ora ogni incarico dato all' erede, di consegnare l' eredità o una quota della medesima, quando non sia espressamente ristretto al patrimonio puro, costituisce un fedecommesso universale (1), senza far distinzione se questo incarico si contenga in un testamento o in un codicillo, ovvero siasi dato a voce (2). Oltre a ciò a parecchie disposizioni di ultima volontà si è per legge attribuita la significazione di un incarico di tal fatta: 1) allorchè si è imposto ad un erede senza altra più precisa dichiarazione, di dividere l' eredità con un'altra persona (3), ovvero di tenerla in comune (4), nel qual caso al fedecommessario si appartiene la metà (5); 2) allorchè si è imposto ad un erede d' istituire ad erede una persona determinata, nel qual caso per effetto di un ignoto Senatoconsulto, il patrimonio del testatore alla morte dell'erede debb' esser consegnato a questa persona (6); 3) allorchè a vantaggio di una determinata persona si è vietato all'erede di alienare qualche cosa dall'eredità, il che secondo un Rescritto di Settimio Severo ha il medesimo effetto (7); 4) allorchè si è vietato all' erede di disporre per testamento sulla eredità, il che secondo una decisione del medesimo Imperadore vale come un somigliante fedecommesso fatto agli eredi ab intestato dell'erede (8); 5) allorchè in un testamento posteriore espressamente vien confermato il precedente, nel che parimenti si contiene un fedecommesso agli eredi anteriormente istituiti, la qual

(16) L. 24. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (33. 2.) V. § 374. Nota 1. Qui è al certo inconseguiente che non debbano rimanere all' erede anche gli interessi dei capitali del defunto che erano scaduti prima della sua mora.

(17) L. 24. pr. D. cit. L. 2. pr. L. 3. L. 4. D. *de usufr. ear. rer.* (7. 5.)

(1) § 2. 8. J. *de fideic. her.* (2. 23.) V. § 387. Nota 2.

(2) § 12. J. *eod.* L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

(3) L. 19. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(4) L. 78. pr. D. *eod.*

(5) V. § 387. Nota 7. e 8.

(6) L. 17. pr. D. *eod.*

(7) L. 114. § 14. D. *de legatis* I. (30.)

(8) L. 74. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

cosa parimenti ha origine da Settimio Severo (9); 6) allorchè un padre è istituito erede insieme coi figliuoli che ha sotto la sua potestà, ma gli è imposto di emancipare i figliuoli, nel qual caso il medesimo Imperadore attribuì ai figliuoli il dritto di richiedere dal padre non solo l'emancipazione, ma anche la restituzione della loro porzione che da lui per mezzo loro fu acquistata (10); 7) allorchè è seguita una sostituzione pupillare in un semplice codicillo, nel qual caso gli eredi ab intestato del pupillo, se questi muore nell'età pupillare, debbono restituir l'eredità ai sostituti (11); e 8) allorchè ad un testamento si è aggiunta la clausola codicillare, per la quale gli eredi ab intestato possono esser costretti a restituire l'eredità come fedecommesso universale agli eredi testamentarii (12). Quando vi son più fedecommessarii, se nulla siasi stabilito in contrario, ottengono porzioni uguali, salvo quando essi siano coeredi del fiduciario, nel qual caso nel dubbio debbono dividere il fedecommesso secondo la misura delle loro porzioni ereditarie (13). Qui sono ammesse le condizioni e le determinazioni di tempo nello stesso modo che negli altri legati (14), ma quando tali disposizioni non si siano aggiunte, anche il fedecommesso universale scade immediatamente dopo l'adizione dell'eredità (15). Più comunemente che altrove qui s'incontra la determinazione di tempo, che il fedecomesso non debba essere adempito se non dopo la morte del gravato, la quale contiene nel tempo stesso una condizione, giacchè quando il fiduciario è un discendente del testatore, secondo la disposizione di Giustiniano, il fedecommesso si estingue, se alla sua morte si trovino dei figliuoli (16), ma oltre a questo è sempre necessario che il fedecommessario sopravviva alla morte del gravato (17). Quest'ultimo vale ancora quando si è lasciato all'arbitrio dell'erede il tempo dell'adempimento, imperocchè anche in questo caso il fedecommesso non si può richiedere che dopo la morte del gravato, e soltanto quando il fedecommessario gli sopravvive (18). Un caso particolare di un fedecommesso universa-

(9) L. 29. D. *eod.* L. 12. § 1. D. *de injusto* (28. 3.) § 3. J. *quib. mod. test. infirm.* (2. 17.)
(10) L. 92. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(11) L. 76. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(12) L. 8. C. *de codicill.* (6. 36.) V. § 324.)
(13) L. 23. L. 24. L. 78. § 4. 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(14) § 2. J. *de fideic. her.* (2. 23.)
(15) L. 41. § 14. D. *de legatis* III. (32.)
(16) L. 30. C. *de fideicomm.* (6. 42.) L. 6. § 2. C. *ad Sct. Treb.* (36. 2.)
(17) V. § 314. Nota 12.
(18) L.11. § 6.L.41. § 13.D.*de legat.*III. (32.) L.75. § 1.D. *ad Sct. Treb.*(33.1.)

le da non doversi adempiere che dopo la morte dell' erede è il *fideicommissum eius quod super futurum erit.* Secondo il dritto antico il fedecommessario non avea effettivamente in questo caso che un dritto su quelle cose dell'eredità, che alla morte dell'erede si trovavano tuttavia nella successione di lui (19), compresi però i frutti esistenti (20), purchè per la loro aggiunzione non venisse a darsi più di quello, a cui l'originaria eredità ammontava (21). Nondimeno Giustiniano dispose che l'erede dovesse lasciare intatto un quarto dell'eredità, salvo se la costituzione di una dote o una *donatio propter nuptias* non rendesse necessario di alienare anche di più, o se egli impiegasse il patrimonio al riscatto dei prigioni, e che altrimenti il fedecommessario avesse il dritto di rivendicare coll' *actio hypothecaria* le cose dell' eredità ovunque le trovasse, finchè non riunisse un quarto (22). Da questo caso in fuori il gravato non può toccar la sostanza del patrimonio da restituirsi (23), e se il medesimo per dritto di accrescimento o in altra guisa abbia conseguito più porzioni dell'eredità (24), allora il fedecommesso comprende anche queste, purchè non sia stato precisamente ristretto all' originaria quota ereditaria (25). Sono poi esenti dalla restituzione 1) i frutti e gli utili dalla morte del testatore fino alla domanda del fedecommesso, i quali compresi anche gli acquisti degli schiavi ereditarii rimangono all' erede (26), salvo se A. sia stabilito un *dies ex quo* semplicemente a benefizio del fedecommessario, nel qual caso a lui si appartengono i frutti fin dal tempo dell'adizione dell' eredità (27), ovvero B. l'erede non abbia riscosso gl' interessi dei capitali ereditarii, i quali allora spettano al fedecommessario, quantunque coll' obbligazio-

(19) L. 54. L. 58. § 8. L. 80. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(20) L. 3. § 2. D. *de usuris* (22. 1.)

(21) L. 58. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(22) Nov. 108. c. 1. 2.

(23) V. Nota 68. e 97.

(24) Confr. § 373. Nota 43-51.

(25) L. 11. § 1. L. 16. § 7. L. 27. § 2. 4. 5. L. 43. L. 32. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Questi passi per verità non parlano che del caso dell' adizione fatta per costringimento, ma nondimeno è del tutto arbitrario quando alcuni, come Cujacio Observ. XII. 12. *Gluck* Spieg. sistem. delle Pand. § 1014. vol. XVI. p. 365. nell'adizione volontaria vogliono sempre riferire il fedecommesso soltanto alla primitiva quota ereditaria del gravato.

(26) L. 18. pr. § 1. 2. L. 22. § 2. L. 27. § 1. 11. L. 28. pr. L. 44. § 1. L. 58. § 2. 4. 5, L. 63. § 4. 5. D. *eod.*

(27) L. 43. § 2. D. *de legat.* II. (31.). Il fedecommessario non può avere a[illegible] dritto su i frutti anteriori, imperocchè il fedecommesso non diviene mai esigibile prima dell' adizione dell' eredità.

ne di soddisfare con essi gl' interessi dei debiti ereditarii, che l' erede per avventura non avesse pagati (28), ovvero C. siasi espressamente dichiarata (29) o manifestamente risulti (30) l' intenzione del testatore che si debba restituire anche tutta quanta la rendita, il che nondimeno non si può dedurre (31) dall'obbligo imposto in generale di restituir tutto; 2) i legati, che il gravato ha conseguiti da altri eredi (32), purchè parimenti non sia manifesta una volontà contraria del testatore (33), il che non vale solo per quello che il gravato medesimo ha dovuto contribuire per un prelegato, imperocchè questo come parte della eredità cade assolutamente nel fedecomesso (34); 3) le cose che un testatore solvibile ha riserbate al fiduciario (35), per le quali, quando esse siano delle cose altrui, può ritenersene il valore (36); 4) le altre *mortis causa capiones*, che son toccate all' erede (37), e 5) i sepolcri ed i monumenti sepolcrali della famiglia del testatore (38). Secondo la prescrizione del *Sctum Trebellianum* l'erede incaricato di un fedecommesso universale, se non vuole accettare, vi può esser costretto dal fedecommessario, ed allora tutta quanta l' eredità, o tutta la quota ereditaria dell' erede che si è lasciato costringere passa nel fedecommessario, e ciò avviene incontanente, anche quando altramente egli non avrebbe dovuto adempire il fedecommesso che dopo un certo tempo (39); soltanto, il fedecommessario è tenuto a rendere indenne l' erede, se questi riesca a provare che ha un effettivo interesse di non accettare (40); a rimborsare al medesimo tutte le spese dell' adizione (41), ed

(28) L. 44. § 1. L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(29) L. 18. pr. L. 63. § 4. D. *eod.*

(30) L. 32, L. 33. D. *eod.*

(31) L. 57. pr. D. *eod.* L. 83. D. *de legat.* III. (32.)

(32) L. 40. § 1. L. 96. D. *eod.* L. 77. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 1.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(33) L. 77. § 12. D. *de legatis* II. (31.) L. 3. § 4. L. 78. § 13. 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 12. C. *de fideicomm.* (6. 42.)

(34) L. 18. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Confr. § 372. Nota 50.

(35) L. 40. § 1. D. *de legat.* III. (32.) L. 13. § 6. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 1. § 16. L. 30. § 3-5. L. 58. § 3. L. 68. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(36) L. 72. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(37) L. 77. § 12. D. *de legat.* II. (31.) L. 44. § 4. D. *de cond. et dem.* (35. 1.) L. 51. L. 55. pr. L. 59. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Non si oppone L. 78. § 9. D. *eod.*

(38) L. 42. § 1. L. 55. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(39) L. 2. L. 4-6. L. 11. § 1. L. 13. pr. § 3. L. 14. L. 15. L. 16. L. 27. § 2. L. 32. pr. L. 43. L. 55. § 2. L. 63. § 11. 13. D. *eod.* § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.)

(40) L. 11. pr. L. 27. § 15. D. *eod.*

(41) L. 7. L. 8. L. 9. pr. D. *eod.*

a pagargli ciò che si deve dare come condizione del fedecommesso, *implendae conditionis causa* (42). Inoltre anche in questo caso rimane all' erede la rendita dell' eredità dalla morte del testatore fino all' adizione alla quale è stato costretto, ed alla restituzione della medesima (43). Il fedecommessario a fine di costringere l'erede deve implorare dal giudice, o se l' erede non ha sopra di sè alcun giudice, dal Sovrano un comando di accettare (44). E questo dritto si appartiene anche ad un fedecommessario, che si trovi sotto la potestà dell' erede (45), come pure ad un solo fra più fedecommessarii contro la volontà degli altri, ma egli allora deve accettare tutta l'eredità (46), anzi se il fedecommesso deve passare per molte mani, questo dritto si appartiene al fedecommessario più remoto, quando il più prossimo non se ne vale (47); e quando sia stato imposto all' erede di restituir tutto, non si prende neppure in considerazione che egli sia incapace di essere erede per sè medesimo, giacchè egli ciò non ostante può esser costretto ad accettare a benefizio del fedecommessario (48). Inoltre non nuoce neppure che l'erede abbia di già rinunziato, o abbia lasciato passare il termine per l'adizione; imperocchè, se il fedecommessario può dimostrare che senza sua colpa non ha potuto prima farsi a domandare che l'erede fosse costretto, può ottenere la restituzione nello stato primiero, purchè il patrimonio non sia stato già venduto dai creditori (49). E tanto meno è di ostacolo che l'erede impugni la validità del testamento o della sua istituzione (50); ma se s' impugni la validità del fedecommesso, allora dipende dalla prudenza del magistrato se si debba o no comandar provvisoriamente l'adizione (51). Se l'erede gravato non è istituito che sotto condizione, per verità si richiede che sia verificata la condizione prima che si possa usare il costringimento per l'adizione; ma se la condizione è potestativa e non ignominiosa per l'e-

(42) L. 44. § 4. 5. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)
(43) L. 27. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(44) L. 4 L. 13. § 4. 5. L. 14. pr. D. *eod.*
(45) L. 83. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.) L. 16. § 11. 12. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Intorno ad una eccezione veggasi Nota 54.
(46) L. 16. § 4. 9. 10. D. *eod.*
(47) L. 16. § 16. D. *eod.*
(48) L. 16 § 15. D. *eod.* L. 83. § 1. D. *de her. inst.* (28. 5.)
(49) L. 14. § 1. 2. L. 63. § 14. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(50) L. 13. § 2. L. 27. § 12. D. *eod.* Nel caso che il testamento sia di già certamente nullo o invalido cessa naturalmente il costringimento all' adizione L. 27. § 6e D. *eod.* L. 29. C. *de fideicomm.* (6 42.)
(51) L. 13. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

rede, egli può anche esser costretto all'adempimento della condizione, se il fedecommessario lo rende indenne, anzi basta che il fedecommessario adempisca la condizione invece dell' erede (52). Al contrario nel caso che il fedecommesso sia condizionale, Antonino Pio stabilì l'arbitraria distinzione che un erede universale possa anche qui esser costretto, nel qual caso, se di poi venga a mancare la condizione del fedecommesso, il patrimonio si debba restituire ai creditori, ma uno fra più coeredi non possa esser costretto, salvo nei casi, in cui può aver luogo la *cautio Muciana*(53), ed anche il primo non possa esser costretto che in quanto il fedecommesso non fosse lasciato ad uno schiavo del testatore o dell'erede, pel caso della sua futura manomissione, nel qual caso si deve attendere che si consegnisca la libertà (54). Nondimeno sulla richiesta dell' erede gravato dee sempre concedergli un termine a deliberare, e se egli in questo termine si dichiari per l'accettazione dell' eredità, ciò vale come una volontaria adizione, nella quale egli per lo meno ritiene la quarta falcidia (55). Il passaggio del patrimonio nel fedecommessario, per effetto del quale egli, non altramente che un erede per effetto dell'adizione, entra immediatamente in tutt' i dritti e le obbligazioni per quanto a lui ricadono, avviene per la *restitutio fideicommissi*, cioè per la dichiarazione dell'erede di voler rilasciare al fedecommessario l'eredità, o la parte che gli spetta (56). Questa dichiarazione, la quale nell'adizione costretta può sempre esser richiesta incontanente, e nella volontaria, almeno quando il fedecommesso non è nè condizionale nè a termine (57), può farsi anche dai successori ed ai successori degli originari interessati (58), non è dipendente da alcuna formalità (59), ed ammette procuratori da ambo i lati (60). Nondimeno, quando un pupillo sia capace a ciò, il tutore dee lasciare che egli medesimo agisca (61). Ma i minori in ciò non hanno neppure mestieri del

(52) L. 9. § 3. L. 31. § 2. L. 55. § 3. L. 63. § 7-10. L. 64. § 1. D. *eod.*

(53) L. 11. § 2. L. 12. L. 13. pr. L. 65. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 27. § 4. D. *ead.*

(54) L. 16. § 13. 14. 17. L. 31. § 1. L. 52. § 1. L. 55. § 1. D. *eod.* Non si oppone L. 22. § 1. L. 53. D. *eod.*

(55) L. 9. § 1. L. 71. D. *eod.*

(56) L. 1. § 2. L. 37. pr. L. 63. pr. D. *eod.* § 4. J. *de fideic. her.* (2. 23.)

(57) L. 41. § 14. D. *de legat.* III. (32.)

(58) L. 40. § 1. L. 46. L. 55. § 4. L. 66. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(59) L. 37. pr. D. *eod.*

(60) L. 1. § 10-15. L. 11. § 2. L. 37-42. D. *eod.*

(61) L. 1. § 12. 13. L. 35. L. 37. § 1. 2. L. 39. L. 40. L. 65. § 3. L. 66. § 1. D. *eod.* L. 7. pr. C. *eod.* (6. 49.)

consenso del Curatore (62). Anzi in tre casi, secondo una disposizione di Giustiniano, la restituzione si ritiene come avvenuta, cioè quando il fiduciario è morto senza eredi, quando egli dolosamente ricusa di farla, e quando un fedecommesso che si dovrà ulteriormente restituire dal fedecommessario è scaduto presso di lui (63). Del resto se il fedecommessario non ha richiesto l'adizione, non è tenuto ad accettare la restituzione nè in generale, nè prima del tempo (64); ma se un erede costretto all'adizione non può dipoi disfarsi dell'eredità, perchè forse il fedecommessario non si trova, allora gli si permette, mediante la restituzione nello stato primiero, di abbandonare l'eredità ai creditori ereditari, ed anche i suoi propri creditori possono farne la domanda, quando egli ciò non faccia (65). Finchè la restituzione nè si è effettuata, nè può essere ammessa per finzione, il gravato per ogni rispetto rimane proprietario del patrimonio con tutt' i dritti e doveri di un erede (66). Ma per cagione del suo dovere della restituzione egli deve ordinatamente amministrare il patrimonio (67), e non può alienar nulla (68), tranne quando il fedecommessario vi consenta (69), quando le cose deperirebbero (70), o quando il pagamento de' debiti ereditari lo richiegga (71), e ne' fedecommessi che non si debbono restituire che dopo la morte, anche allorchè egli non potrebbe dare altrimenti una dote da costituirsi o una *donatio propter nuptias* (72), o allorchè il fedecommesso non è che un *fideicommissum ejus quod superfuturum erit* (73). Pel tempo, nel quale la rendita gli appartiene, a lui anche si aspetta di sopportare le spese ordinarie di mantenimento, come pure le imposte, e di pagare gl' interessi dei debiti ereditarii (74). Per contrario dalla restitu-

(62) L. 1. § 14. D. *eod.*
(63) L. 7. § 1. C. *eod.*
(64) L. 10. L. 16. § 4. D. *eod.* § 9. J. *de fideic. her.* (2. 23.) Confr. con L. 67. pr. D. *eod.* Non si oppone L. 12. C. *de fideic.* (6. 42.)
(65) L. 1. § 6. D. *de separat.* (42. 6.) L. 11. § 2. L. 44. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(66) L. 27. § 2. 7. L. 58. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 104. D. *de solut.* (46. 3.)
(67) L. 22. § 3. L. 78. § 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(68) L. 70. § 1. D. *eod.* L. 3. § 2. 3. C. *commun. de legat.* (6, 43.)
(69) L. 11. C. *de fideic.* (6. 42.) L. 88. § 14. D. *de legat.* II. (31.)
(70) L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)
(71) L. 114. § 14. D. *de legat.* I. (30.)
(72) L. 22. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) Nov. 108. c. 1.
(73) V. Nota 19-22.
(74) L. 19. § 2. L. 58. § 2. D. *eod.*

zione in poi il fedecommessario, nella presupposizione che il fedecommesso sia già scaduto, viene in sostanza riguardato in tutto come un erede, *est heredis loco*, e per conseguenza, secondochè il gravato ha dovuto restituir tutto o soltanto una parte, egli subentra interamente nel suo luogo, ovvero divien coerede del medesimo (75). Ma se fra più fedecommessarii alcuni soltanto sieno nominati puramente e semplicemente, ma gli altri sotto condizione, o a termine, il patrimonio provvisoriamente passa soltanto a quelli, ed essi poi più tardi avranno a dividerlo coi rimanenti (76). In seguito di questo passaggio della successione nel fedecommessario il medesimo può :

1.° Intentare anche le azioni introdotte per gli eredi (77), ma l'*hereditatis petitio* soltanto contro i terzi (78) e non già contro lo stesso fiduciario (79), l'*actio* poi *familiae herciscundae* tanto contro costui, allorchè questi ritiene una parte, quanto contro i confedecommessarii (80).

2.° Tutti gli oggetti ancora esistenti dell'eredità ora in tutto o in parte si appartengono al fedecommessario, anche quando fossero stati alienati dall'erede (81), senza che per questo abbia mestieri di una presa di possesso riguardo alle cose (82), o della cessione riguardo ai crediti (83), e questo passaggio dei crediti si estende anche ai dritti accessorii acquistati dall'erede relativamente ad essi (84).

3.° Nella stessa guisa il fedecommessario senza espromissione, o altro atto di obbligazione succede nei debiti ereditarii in proporzione di ciò che gli si è restituito (85), cosicchè egli è risponsabile sul proprio

(75) § 3. 7. J. *de fideic. her.* (2. 24.) L. 10. L. 38. L. 64. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). La *hereditatis petitio*, che un terzo ha intentata contro l'erede ha intanto il suo corso L. 55. § 5. D. *eod.* Confr. anche L. 63. § 2. D. *eod.*

(76) L. 1. § 9. L. 28. pr. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(77) L. 3. § 2. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.)

(78) L.54. pr. D. *de her. pet.* (5.3.) L.1. L.2. L.3. pr.D. *de fideic. her. pet.*(5.6.

(79) L. 3. § 1. D. *eod.*

(80) L. 24. § 1. L. 40. D. *fam. herc.* (10. 2.) L. 27. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(81) L. 3. § 2. 3. C. *commun. de leg.* (6. 43.). Per conseguenza si convalidano le disposizioni che il fedecommessario ha fatte anteriormente sulle cose dell' eredità L. 56.) L. 65. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(82) L. 12. § 1. D. *de publ. act.* (6. 2.) L. 63. pr. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(83) L. 1. § 2. L. 27. § 7. L. 40. pr. L. 64. pr. D. *eod.*

(84) L. 22. D. *de pecun. const.* (13. 5.) L. 8. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6. L. 21. pr. D. *de fidejussor.* (46. 1.)

(85) § 6-9. J. *de fideic. her.* (2. 24.) L. 1. § 2. 9. L. 11. § 2. L. 16. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

patrimonio anche al di la del valor e della massa (86). Solo è da notare che gli competono non solo quelle eccezioni, che avrebbe potuto allegare il testatore (87),ma anche quelle che l'erede avea acquistate (88).

4.° In quanto i crediti e i debiti sieno passati nel fedecommessario, ha luogo l'*exceptio restitutae hereditatis*, se l' erede tuttavia agisca pei crediti, o sia convenuto pei debiti (89, e la *condictio indebiti*, se di già per errore abbia pagato (90).

5.° La confusione dei dritti e delle obbligazioni dell'erede avvenuta per la successione cessa interamente per rispetto ai dritti reali (91), e sarebbe conseguente che anche così avvenisse pei crediti e pei debiti, ma nondimeno qui si ammette soltanto che resti una obbligazione naturale, la quale dà dritto a compensare e a dedurre (92).

6.° Sebbene l'*hereditatis petitio* non si possa intentare contro il fiduciario, nondimeno anche qui s' incontrano delle obbligazioni somiglianti a quelle che in quest' azione han luogo, le quali in generale si possono far valere con l' *actio ex testamento*, ma nel caso di una restituzione parziale, anche coll'*actio familiae herciscundae*. Imperocchè il fiduciario è tenuto 1) a consegnare al fedecommessario o interamente o per una parte proporzionata tutto quello, che egli possiede dell'eredità con le pertinenze ed accessioni (93), 2) a cedere i crediti che egli come possessore dell'eredità ha acquistati (94), quando questi come accessorio dei dritti ereditarii non sieno da sè stessi passati nel fedecommessario (95); 3) a restituire ciò che egli ha riscosso dai debitori

(86) § 9. J. *eod.* L. 4. D. *eod.*

(87) L. 1. § 4. D. *eod.*

(88) L. 8. § 1. D. *quib. mod. pign.* (20. 6.). Da ciò segue che quando l' erede ha accettato coll' inventario, questo deve giovare anche al fedecommessario. Ma è falsa senza dubbio l' opinione di Vinnio Comm. ad Inst. ad § 9. J. *de fideic. her.*, che il fedecommessario anche per sè stesso goda del *beneficium inventarii*.

(89) L. 1. § 4. L. 27. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). La L. 49. pr. D. *eod.* contiene soltanto una eccezione singolare a cagione del *periculum in mora*.

(90) L.64. pr. D. *eod.*

(91) L. 59. pr. L.73. § 1. D. *eod.*

(92) L. 27. § 11. L. 44. pr. L. 51. L. 58. pr. L. 59. pr. L. 62. pr. L. 80. D. *eod.* Non pertanto da questi passi si scorge che su questo punto non erano di accordo tutti i Giureconsulti Romani, ed in parte statuivano che l' obbligazione rivivesse pienamente.

(93) L. 18. § 2. L. 27. § 11. L. 58. § 4. D. *eod.* Come s' intende da sè il gravato non può sostituire il valore, quando egli dee dare le stesse cose ereditarie. V. § 374. Nota 26. Sulle cose, che l' erede ha tentato di occultare, egli perde in pena la sua porzione L. 48. D. *eod.*

(94) V. Nota 84.

(95) L. 66. § 2. L. 73. pr. D. *eod.*

creditarii (96); e 4) a pagare gl' interessi moratorii, come pure a risarcire i danni e le perdite cagionate per colpa (97), nel che però egli risponde soltanto della colpa grave (98). Ma dall' altro lato il fedecommessario dee bonificare al fiduciario i pagamenti e le spese, che non stanno a carico di costui (99), e liberarlo dalle obbligazioni, che il medesimo, come possessore dell' eredità, ha dovuto contrarre, ovvero prestargli sicurtà di esserne rivaluto (100).

7.° Da ultimo il fedecommessario in proporzione di ciò che ha ricevuto è anche tenuto di addossarsi i legati singolari imposti all' erede (101). E per conseguenza 1) se tutto il patrimonio gli sia stato restituito, egli solo è tenuto ai legati non altrimenti che ai debiti (102), ed una siffatta restituzione totale può incontrare per quattro cagioni. A. Se il testatore ha imposto all' erede la restituzione di tutto, ma nel tempo stesso si è in uno dei casi, nei quali cessa la deduzione della quarta falcidia (103); B. Se l'erede spontaneamente rilascia tutto al fedecommessario, il che veramente non obbliga i terzi (104), e se l'erede ha ciò fatto per errore, gli dà anche dritto a ripetere quel che ha restituito di più (105), ma in quanto al fedecommessario, dopochè egli ha ricevuto una volta tutta la successione, lo obbliga assolutamente a rilevare il fiduciario da tutt' i pesi della medesima (106); C. Se un *suus*, dopo di aver restituita una parte della eredità, si astiene, nel qual caso il fedecommessario deve o accettar tutto, o restituire anche la sua parte ai creditori (107); D. Se l' erede è stato costretto all' adizione (108), nel

(96) L. 47. D. *eod.*

(97) L. 3. pr. L. 17. § 8. D. *de usur.* (22. 1.) L. 3. § 3. L. 25. § 2. 3. L. 71. § 1. L. 78. § 6. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(98) L. 22. § 3. L. 58. § 1. D. *eod.* L. 108. § 12. D. *de legat.* I. (30.). Di altra opinione è *Hasse* CULPA p. 272. seg., il quale vuole che il fiduciario sia obbligato alla *diligentia quam in suis rebus.*

(99) L. 19. § 2. L. 22. § 3. L. 27. § 17. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 1. C. *eod.* (6. 49) Confr. Nota 74.

(100) L. 1. § 16. L. 36. L. 69. L. 78. § 15. D. *eod.*

(101) L. 2. L. 8. C. *eod.* L. 15. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (36. 3.)

(102) L. 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 8. C. *eod.* (6. 49.) Confr. Nota 85.

(103) L. 1. § 19. L. 3. § 1. D. *eod.* V. § 373. Nota 34. 36. 62-66.

(104) L. 45. L. 60. L. 63. § 3. D. *eod.*

(105) L. 21. L. 60. L. 68. § 1. D. *eod.*

(106) L. 10. D. *eod.* L. 8. C. *eod.* L. 12. C. *de fideicomm.* (6. 42.) § 7. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(107) L. 79. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(108) V. Nota 39.

qual caso egli non può nè dedurre la quarta (109), nè ritenere le cose o le somme riserbategli dal testatore (110). Ma in questi casi il fedecommessario, sebbene per sè stesso non abbia alcun dritto alla quarta(111), pure può ritenere dai legatarii ciò che l'erede avrebbe potuto dedurre, se egli avesse ritenuta una parte dell'eredità, e su di questa avesse contribuito al pagamento dei legati (112). Ma al contrario 2) se l'erede ritiene qualche cosa dall'eredità, può avvenire che egli ed il fedecommessario non altramente che coeredi debbano proporzionatamente contribuire ai legati (113). E qui si prende in considerazione la deduzione della quarta falcidia, e sono a fare parecchie distinzioni (114). A. Se si è imposto all'erede di restituire precisamente tre quarti dell'eredità, e quindi non gli si è lasciato nè più nè meno della sua quarta, allora il fedecommessario è tenuto a soddisfare i legati egli solo, e, se fa mestieri, vi deve spender tutto ciò che ha ricevuto dopo dedotti i debiti (115). B. Ma se la quota lasciata all'erede ascende a più d'un quarto, p. e. alla metà dell'eredità, allora egli ed il fedecommessario son tenuti a contribuire al pagamento dei legati, ciascuno in proporzione della sua intera porzione (116), ma colla differenza essenziale, che l'erede non è tenuto a pagare se non fino al punto che gli resti salva la quarta dell'eredità, ed il fedecommessario dee rimettere dalla sua porzione ciò che quegli deduce (117). C. Se il testatore non ha riserbato all'erede una quota, ma sibbene una cosa o una somma determinata, per verità l'erede dee imputarla nella sua quarta, e non può fare alcuna deduzione, se non quando quella cosa non giunge al valore della quarta (118), il che prima di Giusti-

(109) L. 4. L. 14. § 4. L. 16. § 8. 9. L. 28. § 2. L. 55. § 3. L. 64. § 3. D. *eod.* L. 4. C. *eod.*

(110) L. 27. § 14. L. 55. § 3. L. 68. pr. D. *eod.*

(111) L. 47. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 22. § 5. L. 63. § 11. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(112) L. 1. § 19. L. 3. pr. L. 55. § 2. L. 63. § 11. D. *eod.* Non si oppone L. 28. § 2. D. *eod.*

(113) L. 2. C. *eod.* L. 1. § 17-21. D. *eod.*

(114) V. *Steemann* nella Temi di *Elver.* Nuovo seguito. Vol. I. n. 9.

(115) L. 1. § 21. D. *eod.*

(116) L. 1. § 20. D. *eod.* L. 2. C. *eod.*

(117) L. 1. § 17. 18. D. *eod.* La circostanza che forse si è imposto all'erede, che egli debba provvedere al pagamento dei legati, non altera nulla nella computazione; egli allora dà tanto di meno al fedecommessario, non pertanto dee prestare a costui la *cautio defensum iri* L. 3. § 2. L. 16. § 3. L. 51. D. *eod.*

(118) L. 91. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 1. § 16. L. 30. § 3. 4. L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 2. C. *de codicill.* (6. 36.)

niano secondo gli Imperiali Rescritti non gli era neppure permesso (119); nel rimanente qui si procede nello stesso modo che quando si è restituita tutta la successione, e però il fedecommessario dee sopportare egli solo tutti i pesi e legati, anche quando il valore delle cose o delle somme riserbate all'erede superi di molto il quarto dell'eredità, imperocchè il fedecommessario avrebbe potuto rinunziare quando trovava che il fedecommesso gli era svantaggioso (120). D. Precisamente lo stesso avviene quando si è imposto al fedecommessario di dare all'erede qualche cosa come compenso della quarta, nel qual caso il fedecommessario è anche ritenuto come il solo possessore dell' eredità (121). E. Al contrario prima di Giustiniano molto diversamente si trattava il caso quando all' erede o non erasi lasciato nulla, o una parte minore del quarto, e per conseguenza vi era mestieri di una deduzione per compiere la quarta. Secondo il *Sctum Pegasianum* allora il fedecommesso era riguardalo come un *legatum partitionis* (122), sul che per altro i Giureconsulti Romani non erano d' accordo come si dovesse computare il fedecommesso in concorrenza con altri legati (123). Ma da che Giustiniano ha prescritto che il fedecommessario anche in questo caso debba ritenersi come erede (124), ora ha luogo il medesimo rapporto che se all'erede fosse imposto di restituire precisamente tre quarti, giacchè questi ritiene la sua quarta, ed il fedecommessario è tenuto a pagare egli solo i legati (125). Tutti questi principii si applicano eziandio quando il fedecommesso non si dee restituir subito, ma dopo un certo termine, colla sola differenza che qui l'erede deve imputare nella sua quarta i frutti e gli utili ritratti nell'intervallo (126), che la diminuzione dell' eredità avvenuta per caso fortuito nel tempo intermedio diminuisce proporzionatamente anche la sua quarta (127),

(119) L. 30. § 4. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(120) § 9. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(121) L. 13. § 6. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 11. § 3. D. *de legat.* III. (32.) L. 30. § 7. L. 90. L. 91. L. 93. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 58. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 77. pr. D. *de legat.* II. (31).

(122) § 6. J. *de fideic. her.* (2. 23.) Confr. L. 86. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(123) L. 2. in fine L. 3. pr. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.). Celso volea calcolare il fedecommesso su quello soltanto che rimaneva dal puro patrimonio attivo dopo i legati, Marcello al contrario sull' ammontare di tutta l' eredità. La prima opinione era favorevole ai legatarii, la seconda ai fedecommessarii.

(124) § 7. J. *de fideicomm. her.* (2. 23.)

(125) § 7. J. cit. L. 8. C. *ad Sct. Treb.* (6. 49.)

(126) L. 18. § 1. L. 22. § 2. L. 27. § 16. L. 58. § 5. D. *eod.*

(127) L. 58. § 6. D. *eod.*

e che egli paga eziandio i legati o le parti dei legati che cadono sul fedecommesso, e quindi in fine non restituisce al fedecommessario se non ciò che è rimasto dopo il pagamento dei legati (128). Più semplice è il rapporto quando un fedecommessario deve alla sua volta o in tutto o in parte restituire il fedecommesso ad un altro. Anche questa seconda restituzione trasferisce così i legati come i debiti, che gravano sul fedecommesso; ma siccome qui non si deve dedurre alcuna quarta, così il passaggio si regola semplicemente secondo l'estensione di ciò che si è restituito, secondo che questo formi tutto il fedecommesso o solamente una parte del medesimo (129). Se ad un fedecommessario oltre ai legati trasferiti sopra di lui ne sieno imposti anche degli altri, egli veramente da questi non può mai dedurre la quarta in luogo dell'erede, come in certe circostanze potrebbe fare pei primi (130); ma se a lui medesimo sia stata fatta una deduzione, egli può bene proporzionatamente ridurli (131).

IX. Donazioni a causa di morte (*).

§ 389. Le donazioni a causa di morte *donationes mortis causa* come convenzioni differiscono veramente dai legati proprii in ciò che esse simigliantemente alle altre donazioni han bisogno dell'accettazione in vita del testatore (1); nondimeno in generale son trattate come legati (2). Certamente non è da ammettersi che così sia stato in ogni tempo; ma di già l'antica *Lex Furia testamentaria* le assomigliava almeno per un certo rapporto ai legati (3); di più non pare che la *Lex Cincia* riguardasse le donazioni a causa di morte, ed al tempo dei Giureconsulti classici l'eguaglianza era di già riconosciuta come regola (4). In ciò non si pon mente all' oggetto della donazione, e tanto meno alla

(128) L. 27. § 16. D. *eod.*
(129) L. 1. § 8. 19. L. 55. § 2. D. *eod.*
(130) L. 63. § 11. D. *eod.* V. Nota 112.
(131) L. 63. § 12. L. 78. § 11. D. *eod.* L. 32. § 4. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)
(*) *Muller* sulla natura delle donazioni a causa di morte Giess. 1827. 8.; *Hasse* nel Mus. Ren. vol. III. p. 300. seg.
(1) L. 55. D. *de O. et A.* (44. 7.) L. 28. L. 38. D. *de mort. causa don.* (39. 6.). Non si oppone L. 18. § 2. D. *eod.* nella quale la *exceptio pacti* indica che il Giureconsulto presupponeva un' accettazione da parte del debitore liberato.
(2) § 1. J. *de donat.* (2. 7.) L. 87. D. *de legat.* III. (32.) L. 15. L. 17. L. 37. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) L. 4. C. *eod.* (8. 57.)
(3) V. Nota 22.
(4) L. 15. L. 17. L. 37. pr. D. *eod.*

circostanza se il testatore abbia fatto una semplice promessa di donazione da adempirsi dall'erede, o se egli medesimo l'abbia già adempiuta (5). Ma l'eguaglianza coi legati si manifesta principalmente nelle seguenti applicazioni: 1) come tutte le disposizioni di ultima volontà anche le donazioni a causa di morte son sempre rivocabili (6), e si estinguono da sè quando il donatario muore prima del donante (7). Che se la donazione fu di già adempiuta, in ambedue i casi il donante e i suoi eredi possono ridomandare il dono dal donatario e dagli eredi di lui con la *condictio sine causa* (8). Ma gli oggetti donati possono esser rivendicati (9), presupposto che si trovino tuttora nel possesso del donatario, *si res extant* (10). 2) Ciò che in generale rende invalidi o estingue i legati, produce quest'effetto anche sulle donazioni a causa di morte, tale sarebbe una *capitis diminutio maxima e media* del donante (11). Nondimeno non vi ha alcuna ragione di far cadere queste donazioni a cagione di una nullità o invalidità del testamento, imperocchè esse non stanno in niuna connessione col testamento. 3) Chi è incapace di testare non può neppure donare per causa di morte, colla sola eccezione, che i figliuoli sotto la patria potestà possono donare in questa guisa, quando il padre presti loro il suo consenso (12). 4) Parimenti chi è incapace di essere onorato in un atto di ultima volontà, secondo un Senatoconsulto sconosciuto, non può neppur conseguire alcuna dona-

(5) L. 18. § 1. L. 29. L. 34. D. *eod.*

(6) L. 16. L. 19. L. 24. L. 27. L. 29. L. 30. L. 35. § 3. 6. L. 39. D. *eod.* Non si oppone L. 42. pr. D. *eod.*

(7) L. 23. L. 26. L. 32. L. 44. D. *eod.* Paul. S. R. III. 7. § 2.

(8) L. 13. pr. L. 18 pr. § 1. L. 19. L. 23. L. 24. L. 30. L. 35. § 3. 6. L. 37. § 1. L. 39. D. *eod.* È degno di nota che quando la donazione consiste nella remissione di un debito, la *condictio* ha luogo anche quando il debito, senza la remissione, sarebbesi prescritto L. 24. D. *eod.*

(9) L. 14. L. 29. L. 30. D. *eod.* Dalla L. 35. § 3. D. *eod.* il *Thibaut* Instituzioni Berlino. 1842. parte II. § 85. deduce che i Sabiniani aveano ammessa soltanto la *condictio*; ma quel passo non dimostra ciò, e nella L. 14. D. *eod.* anche Salvio Giuliano, il quale pure era Sabiniano presuppone l'ammissibilità della vindicazione.

(10) L. 14. D. *eod.* Precisamente così s' incontra anche « *si res extant* nella L. 30. C. *de jure dot.* (5. 12.), e così chiamansi *fructus extantes* soltanto i frutti, che il primo acquirente possiede tuttora. Ancora sarebbe cosa intollerabile, se il Giureconsulto nella L. 14. D. cit. nel suo *si fundus extet* avesse inteso parlare della semplice esistenza del fondo.

(11) L. 7. L. 17. D. *eod.* Un'eccezione si contiene nella L. 35. § 7. D. *eod.* per le donazioni di prestazioni annuali per un numero determinato di anni, le quali continuano, quando anche il donatario sia morto prima del decorrimento di questi anni.

(12) L. 25. § 1. D. *eod.* I figli di famiglia nella qualità di soldati naturalmente non hanno bisogno dell' approvazione del padre L. 15. D. *eod.*

zione a causa di morte (13). Soltanto è da notare che per rispetto alla capacità qui non si riguarda il tempo della donazione, ma quello della morte del donante (14). 5) Per contrario le donazioni a causa di morte tra'conjugi sono pienamente valide (15). 6) Qui si ammettono i sostituti, egualmente che nei legati (16). 7) Ed ancora possono al donatario imporsi nuovamente dei legati (17). 8) Per le donazioni non adempiute gli eredi son tenuti secondo i principii che valgono pei legati (18), ed oltre alle azioni nascenti dal contratto, han luogo eziandio quei mezzi legali che competono pei legati. Segnatamente quando sono state donate delle cose appartenenti al testatore medesimo, è applicabile anche la rivendicazione (19), e qui hanno pure applicazione le singolari disposizioni di Giustiniano intorno alla pena del ritardo dell'esecuzione dei legati (20). 9) Ma per questo gli eredi hanno anche qui gli ordinarii dritti dei gravati (21), e 10) quindi hanno anche dritto di dedurre la quarta falcidia. Veramente da principio ciò non avea luogo; imperocchè, sebbene di già la *lex Furia testamentaria* avesse ristretta la quantità delle donazioni a causa di morte come quella dei legati a mille assi (22), pure qui non si applicava ancora la *lex Falcidia*. Ma la conosciuta orazione di Settimio Severo sopra il convalidamento delle donazioni fra conjugi per la morte del donante sottopose anche le donazioni a causa di morte alla deduzione della quarta (23). 11) Senza una espressa disposizione del testatore le donazioni a causa di morte non son soggette a collazione neppur quando altre donazioni si debbano conferire per legge (24). 12)

(13) L. 35. pr. L. 22. L. 9. D. *eod.*
(14) L. 22. D. *eod.*
(15) L. 11. L. 40. L. 43. D. *eod.* L. 11. § 1. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.). Non si oppone L. 76. D. *de her. inst.* (28. 5.), la quale dev'essere intesa di uno schiavo semplicemente promesso, ma non consegnato.
(16) L. 50. pr. D. *de legat.* II. (31.) L. 10. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)
(17) L. 1. C. *eod.* (8. 57.) L. 9. C. *de fideicomm.* (6. 42.)
(18) V. § 371. Nota 21-26.
(19) L. 29. L. 42. pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.)
(20) Nov. 1. c. 1. 4.
(21) L. 1. § 10. D. *si cui plus quam per leg. falc.* (35. 3.)
(22) *Varro* Fragm. de vita pop. Rom. p. 127. ed. Bipont. V. § 311. Nota 29.
(23) L. 5. L. 18. C. *ad leg. falc.* (6. 50.) L. 2. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) L. 32. pr. D. *de don. int. V. et U.* (24. 1.) L. 15. pr. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 27. L. 41.) pr. D. *de mort. causa don.* (39. 6.) Paul. S. R. III 8. § 1. La stima della donazione qui è la stessa che la stima dei legati L. 18. § 1. 3. L. 31. § 1. 3. 4. D. *eod.*
(24) V. § 359.

Molti Giureconsulti Romani volevano anche in generale che fossero esenti dalla insinuazione, finchè Giustiniano non ebbe deciso, che ne fossero esenti soltanto allorchè fossero intervenuti i cinque testimoni necessarii alla disposizione dei legati, cosicchè anche senza accettazione potessero valere come disposizioni unilaterali (25). Intanto la predetta egnaglianza coi legati ha luogo assolutamente soltanto allorchè il donante espressamente ha donato a cagione del timore della sua morte, tanto se abbia avuto in mente la sua morte come immediatamente imminente, quanto se sia stato indotto dalla considerazione di dover morire e lasciare i suoi beni (26). Imperocchè solo quando si è dichiarata quella ragione del donare può scorgersi in ciò l'espressione del donante, che egli più volentieri terrebbe per sè le cose donate, e che ne disponga semplicemente perchè ciò non può durare, e non perchè abbia in animo di esercitare alcuna propria liberalità; e la manifestazione di una tale intenzione del donante è la sola ragione per la quale queste donazioni son riguardate come disposizioni di ultima volontà (27). Quando il donante ha semplicemente differita l'esecuzione fino alla sua morte, o in altra guisa ha avuto riguardo alla morte sua o di un terzo, senza indicare che la sua morte sia la cagione del donare, la donazione allora si dice anche talvolta *donatio causa mortis* (28), ma viene in tutto riguardata come un'ordinaria donazione tra vivi (29). Nondimeno quando sono intervenuti alla donazione cinque testimoni, allora la medesima, secondo la decisione di Giustiniano, è sempre da tenersi come eguale ad un legato, imperocchè qui la forma, che si è adoperata, mostra l'intenzione di voler fare una disposizione di ultima volontà (30).

CAPITOLO X.

DELLE CADUCITA' ED INDEGNITA'

I. Caducità (*)

§ 390. Per aprire al Fisco una fonte di guadagno e per procurare

(25) L. 4. C. *de mort. causa don.* (8. 57.) V. § 321.
(26) L. 2-6. L. 31. § 2. L. 35. § 4. D. *eod.*
(27) L. 1. L. 35. § 2. D. *eod.*
(28) L. 2. in fine L. 23. § 2. L. 28. pr. L. 29. L. 35. § 4. L. 42. § 2. D. *eod.*
(29) L. 27. L. 42. § 1. D. *eod.*
(30) L. 4. C. *eod.*
(*) *Heineccii* Comment. ad leg. Jul. et Pap. Pop. lib. III. *Schneider* l'antico dritto di accrescimento, e le disposizioni caducarie Berlino 1837. 8.

un mezzo per premiare il matrimonio e la procreazione dei figliuoli la *lex Julia* e *Papia Poppaea* in parecchi casi avea dichiarato devoluto al Fisco *caducum* ciò che nelle disposizioni di ultima volontà mediante istituzione di erede o legati si era lasciato ad alcuno, quando l'onorato non l'acquistava, senza però impedire al testatore di fare un altro testamento, quando la caducità si fosse verificata durante la sua vita, per la qual ragione allora solevasi dire che il patrimonio fosse soltanto *in causa caduci*, cioè nella posizione di divenir caduco, imperocchè qui il testatore avea il potere di evitare la caducità mediante una nuova disposizione (1). I casi di questa caducità erano:

1.° Allorchè uno di più collegatarii non acquistava la sua parte nel legato, ed era indifferente in qual modo non l'acquistasse, se per rinunzia, o per altre ragioni (2), e la legge, per accrescere i casi di caducità, avea disposto che il deferimento dei legati non potesse seguire che all'apertura del testamento (3).

2.° Allorchè l'onorato, o erede o legatario che fosse, moriva o pativa una *capitis diminutio maxima* o *media*, senza aver precedentemente acquistato, e quindi in tutt'i casi in cui prima dell'apertura del testamento era avvenuta la sua morte naturale o civile (4), ma nelle disposizioni condizionali, anche allorchè l'onorato semplicemente prima del verificarsi della condizione veniva a mancare in una delle predette guise (5);

3.° Allorchè un onorato non avea corrisposto alle prescrizioni della *lex Julia et Papia Poppaea* sul matrimonio e sulla procreazione dei figli. Nondimeno qui avean luogo parecchie distinzioni, imperocchè 1) i discendenti e gli ascendenti del testatore fino al terzo grado erano per questo riguardo interamente esenti dalla legge, e poteano succedere senza restrizione come per lo innanzi, e però di essi si diceva che aveano il *jus antiquum in caducis* (6). Ma in altri casi 2) le persone che in una certa età non si erano maritate, *coelibes*, erano pienamente *incapaces*, cioè non potevano acquistare ciò che si lasciava loro in un atto di ultima volontà purchè al più tardi fra cento giorni dopo la morte del

(1) L. un. § 2. 4. C. *de cad. toll.* (6. 52.)

(2) Caj. II. 206. 207.; Ulp. XXIV. 12.; L. 7. D. *de legat.* II. (32.) Confr. con L. un § 22. C. *de cad. toll.* (6. 52.)

(3) Ulp. XXIV. 32. V. sopra § 373. Nota 7.

(4) Ulp. XVII. 2.; L. un. § 2. 5. C. *eod.*

(5) L. un. § 7. C. *eod.* Confr. con Ulp. XXIV. 32. L. 4. pr. L. 5. § 2. D. *quando dies* (36. 2.)

(6) Ulp. XVIII.

testatore non si fossero maritate (7), e si ritenevano come *coelibes* gli uomini puberi al di sotto di sessant'anni e le donne puberi al di sotto di cinquanta, quando non erano maritati, o aveano contratto un matrimonio proibito (8), e per le donne che erano state maritate, quando era anche passato il termine legale per rimaritarsi, il quale per le vedove era di due anni e per le donne separate per divorzio, di diciotto mesi (9). Un *Sctum Persicianum* A. di R. 787. (34 dopo Cr.) adottò più rigorosamente questi principii disponendo, che coloro i quali in generale avessero contratto matrimonio soltanto dopo il 60mo o 50mo anno non fossero immuni dai danni del celibato (10), e sebbene un *Sctum Claudianum* fosse venuto di poi in favore degli uomini a mitigar questo rigore, col dichiarare che fosse sufficiente il matrimonio d'un uomo di 60 anni, purchè la moglie avesse meno di 50 anni (11), pure un *Sctum Calvisianum* sotto Nerone A. di R. 814. (61. dopo Cr.) negò alle donne di 50 anni un somigliante favore, quantunque avessero sposato un uomo giovane, anzi attribuì al Fisco la dote di una tal moglie (12). D'altra parte 3) coloro che eran privi di figliuoli, *orbi*, i quali per verità si erano legittimamente maritati ma non avean figliuoli, erano parzialmente *incapaces*, giacchè A. di quello che un terzo avesse loro lasciato per disposizione di ultima volontà non poteano conseguire che la metà (13), e B. reciprocamente fra loro poteano conseguire almeno un decimo del patrimonio, *decimas* insieme coll' usufrutto sopra un terzo, il quale, se l'onorato più tardi in un altro matrimonio avea dei figliuoli, passava anche in sua proprietà (14). Alla moglie oltre a ciò potea validamente legarsi la sua dote, ed inoltre un figliuolo che moriva dopo essergli stato imposto il nome *post nominum diem*, rendeva capaci i conjugi di ricevere l'uno dall'altro un secondo decimo, e chi avea dei figliuoli viventi di un primo matrimonio, poteva dall'altro conjuge conseguire anche un altro decimo per ciascuno di questi figliuoli (15). Oltre a ciò si davano qui parecchie eccezioni dall'incapa-

(7) Ulp. XVII. 1. XXII. 3; Caj. II. 111. 144. 286.
(8) Ulp. XV. 1. 2. 3.
(9) Ulp. XIV.
(10) Sueton. in Claud. c. 23.; Ulp. XVI. 3.; L. 27. C. *de nupt.* (5. 4.) V. la mia St. § 101. n. 8.
(11) Ulp. l. c. V. la mia St. § 102. n. 9.
(12) Ulp. XVI. 4. V. la mia St. § 103. n. 6.
(13) Caj. II. 286.
(14) Ulp. XV.; L. 2. C. *de infirm. poen. orb.* (8. 58.)
(15) Ulp. l. c.

cità, in ispezialtà A. che anche un aborto si riguardasse come un figliuolo (16); B. che i figliuoli perduti dovessero computarsi come tuttora viventi, quando i conjugi avessero perduto un figliuolo pubere ovvero due figliuoli di tre anni, ovvero tre figliuoli dopo l'imposizione del nome *post nominum diem* (17); C. che una vedova, la quale, prima che fossero trascorsi i dieci mesi, fosse partorita, potesse acquistare tutto ciò che il marito le avea lasciato (18); e D. che in generale non si tenesse conto dell'orbità, quando un marito avea meno di 25 o più di 60 anni, ed una moglie meno di 20 o più di 50, quando i conjugi erano fra loro parenti tra il sesto grado, o aveano ottennto dall'Imperadore il *jus liberorum*, e quando il marito al tempo che si fece il testamento, o non più di un anno prima era stato assente (19).

4.° A questi casi di caducità introdotti nella *lex Papia Poppaea* si aggiunse per la *lex Junia Norbana* anche un quarto caso, giacchè questa legge dichiarò assolutamente incapaci anche i *Latini Juniani*, e dichiarò caduco tutto ciò che si fosse lasciato loro negli atti di ultima volontà, quando fra cento giorni dopo la morte del testatore non avessero ottenuto la cittadinanza (20). Da principio l'incapacità e la caducità non si estendeva ai fedecommessi, ma il noto *Sctum Pegasianum* per questo riguardo li assomigliò ai legati (21). Quantunque però il *caducum* propriamente si appartenesse al Fisco, pure per un certo tempo furono altri preferiti al Fisco. Così se un testatore avea istituiti eredi dei parenti, ai quali competeva il *jus antiquum in caducis*, a questi ricadeva il *caducum* (22), e se non vi erano di tali eredi ma invece erano stati onorati dei *patres*, cioè uomini che aveano dei figliuoli legittimi, allora costoro conseguivano il patrimonio caduco, il che dicevasi *jus patrum caduca vindicare*, nel che gli eredi che aveano figli erano preferiti ai legatarii, quando colui che mancava non avea propriamente un collegatario, che fosse parimente padre, ma in mancanza di eredi con figliuoli venivano i legatarii, cosicchè la successione non si attribuiva al Fisco, se non quando fra gli onorati non vi fosse

(16) L. 135. D. *de V. S.* (50. 16.). Basta in generale l'esistenza di un figliuolo L. 148. L. 149. D. *eod.*

(17) Ulp. XVI. 1.

(18) Ulp. l. c.

(19) Ulp. l. c.

(20) Caj. I. 23. 24. II. 110. 275. III. 62.; Ulp. XVII.1. XXII. 3.

(21) Caj. II. 286. Intanto anche Ulp. XXV. 7. dice dei *Latini Juniani*, che essi potevano acquistar fedecommessi.

(22) Ulp. XVIII. Confr. I. 21. XVII. 2.

stato alcun padre (23). Il *Sctum Plancianum* sotto Vespasiano, il quale attribuì al Fisco i *fideicommissa tacita* (24), negò nel tempo stesso il dritto della *caducorum vindicatio* all'erede che avesse assunto un *fideicommissum tacitum* (25), ed Antonino Pio la lasciò in generale soltanto ai menzionati parenti del testatore, ma la tolse interamente ai padri considerati nel testamento (26). Ma più tardi la caducità fu generalmente abolita. Costantino fu il primo a restituire la capacità ai celibi e a coloro che non avean figliuoli (27). Intanto pare che ciò non fu esteso alla reciproca capacità di succedere dei conjugi senza figliuoli, imperocchè Onorio ebbe ancora a disporre che questi potessero conseguire l'uno dall'altro non solo il decimo *decimas*, ma anche l'intero patrimonio (28). Gli altri casi di caducità si mantennero veramente fino a Giustiniano, sebbene ristretti per la così detta *transmissio Theodosiana* (29); ma allorchè Giustiniano nell'anno 531 abolì lo stato dei *Latini Juniani* (30), cessò con questo la caducità, che proveniva dalla loro incapacità, e nel 534 egli tolse via anche i rimanenti casi di caducità, giacchè ciò che un erede o legatario non acquistava egli in generale lo attribuì a coloro che avrebbero ricevuto o ritenuto il non acquistato, se colui non fosse stato onorato (31).

II. Indegnità.

§ 391. Somiglianti principii e per somiglianti ragioni noi troviamo nei così detti casi d' indegnità, se non che questi riguardano eziandio la successione ab intestato, ed in parte possono anche incontrarsi dopo l'acquisto della successione, ed è anche a notare che in tutti si ha per iscopo una punizione. In fatti ci ha una moltitudine di azioni ed omissioni, per le quali un erede, legatario, o fedecommessario può divenire indegno di succedere, ovvero di conservare l'eredità o il legato, se

(23) Caj. II. 206-208. 286.: Ulp. I. 21. XXV. 17.: Fragm. de jure fisci § 3.: Taciti Ann. III. 28.: Juvenal. Satyr. IX. v. 87. seg.; *Rudorff* nel giornale per la cognizione stor. del dritto vol. VI. n. 6.

(24) V. § 372. Nota 6.

(25) Ulp. XXV. 17.; L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.)

(26) Ulp. XVII. 2.

(27) L. 1. C. *de infirm. poen. orb.* (8. 58.) L. un. C. Th. *eod.* (8. 16.); Eusebi i Vita Constant. IV. 26.

(28) L. 2. C. *eod.*

(29) V. § 368.

(30) L. un. C. *de lat. lib. toll.* (7. 6.)

(31) L. un. C. *de cad. toll.* (6. 51.)

di già l'abbia acquistato. Ciò che l' indegno non può ricevere o ritenere, detto forse *ereptorium o ereptitium*, e comunemente anche *caducum* (1), per regola si deferisce al Fisco, e per eccezione anche ad altre persone. Pare che la *lex Papia Poppaea* del pari fosse servita di fondamento a questa teorica, e che o avesse introdotto i primi casi d' indegnità, ovvero avesse per la prima volta attribuito al Fisco ciò che veniva tolto per cagione d' indegnità (2); ad ogni modo la più parte dei casi d' indegnità si appartiene all'epoca imperiale, nella quale fino a Giustiniano si vennero accrescendo, e sussistono tuttavia nel dritto di Giustiniano.

1. I casi d' indegnità a favore del Fisco, e I) che riguardano semplicemente gli eredi, sono: A. quando nel caso di uccisione del testatore un erede fa l'adizione, o domanda la *bonorum possessio*, o procede semplicemente all'apertura del testamento, prima che l'inquisizione da farsi contro gli schiavi dell'ucciso (3) sia finita (4), ovvero quando trascura di far render conto all'uccisore, quando il possa (5), la qual cosa solo agli eredi minori non può tornare di danno (6); B. quando un erede ha cagionato la morte del testatore, e questo caso d' indegnità ha origine da una disposizione di Antonino Pio (7); C. quando il testatore ha aperto il suo testamento ed ha cassato soltanto i nomi degli eredi, senza cancellar tutto, ovvero ha rivocato in altra guisa le istituzioni di ere-

(1) L'ultima indicazione trovasi p. es. nella L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.). Per la prima Ulp. XIX. 17. è la sola fonte, e la lezione qui non è sicura. Confr. L. 26. D. *ad leg. Corn. de fals.* (48. 10.) L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14.) Cujacii Obs. VI. 37.

(2) Ulp. l. c. Soltanto è da notare che neppure un solo caso d' indegnità può con sicurezza riferirsi alla *lex Papia Poppaea*, ovvero dimostrarsi di un tempo anteriore.

(3) V. § 327. Nota 22.

(4) Paul. III. 5. § 10. L. 1. § 21. L. 3. § 29. L. 5. § 2. 3. L. 27. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 11. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 9. C. *de his quae ut indign.* (6. 35.). Il divieto che qui incontrasi di fare l'adizione prima che abbia fine l'inquisizione si fonda in vero sopra un Editto del Pretore L. 3. § 18. 29. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.), ma questo Editto non può essere la fonte dell' indegnità, imperocchè per la trasgressione di tal divieto esso non avea stabilito che un'azione penale L. 25. § 2. D. *eod.*, e tanto meno è da ricercar questa fonte nella *lex Papia Poppaea*, giacchè quell' Editto era più recente del *Sct. Silanianum* pubblicato l'anno di Roma 763., e per conseguenza anche più recente di quella *Lex* L. 3. § 18. D. *eod.*

(5) L. 5. § 3. L. 9. L. 15. § 2. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 18. § 1. L. 21. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 1. L. 6. L. 7. L. 9. L. 11. C. *eod.* (6. 35.)

(6) L. 6. C. *eod.*

(7) L. 3. D. *eod.* L. 7. § 4. D. *de bon. damn.* (48. 20.) L. 9. D. *de jure fisci* (49. 14.) L. 10 C. *de his quae ut indign.* (6. 35.) *Koch* de bon. hereditar. heredi occisori tanquam indigno eripiendis Lipsia 1778 4.

de, senza annullar tutto il testamento, nel qual caso parimente il Fisco subentra nel luogo degli eredi rigettati, il che forse potrebbe avere il suo fondamento nella *lex Papia Poppaea* (8), o veramente fu abolito dall'Imperadore Pertinace (9), ma nondimeno fu poi conservato (10); D. quando è manifesto che alcuno istituito erede come figliuolo del testatore non sia che un figliuolo supposto (11); E. quando un erede, vivendo il testatore, senza sua saputa e volontà abbia disposto sulla successione (12); e F. quando un discendente emancipato del testatore, il quale sia stato trasandato da costui, ma nondimeno sia stato nominato sostituto pupillare di un figliuolo istituito, abbia domandato la *bonorum possessio contra tabulas* contro il testamento paterno, e di poi come sostituto adisca l'eredità del figliuolo (13). 2) Al contrario i casi d'indegnità qui appartenenti i quali si riferiscono tanto ai legatarii e fedecommessarii, quanto agli eredi sono: A. quando alcuno per violenza o dolo abbia impedito il testatore dal fare o mutare un testamento, il che secondo una disposizione di Adriano rende indegni di conseguir qualche cosa dalla successione lui medesimo, i suoi figliuoli, compresi anche quelli che non stanno più sotto la sua potestà, ed i suoi schiavi (14); B. quando un testamento viene impugnato come ingiusto con la *querela inofficiosi*, ovvero come illegale e falso, e la lite si continua fino alla decisione diffinitiva, ma l' attore rimane soccumbente (15), pel qual modo a. non solo l'attore medesimo diviene indegno (16), salvo se egli

(8) L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 12. L. 16. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 4. C. *eod.* (6. 35.)

(9) Capitolin. in Pertinace c. 7.

(10) Imperocchè la L. 4. C. cit. è più recente della disposizione di Pertinace, ed ancora quel principio fu ricevuto nelle Pandette, mentre la costituzione di Pertinace non si trova nel Codice.

(11) L. 46. pr. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(12) L. 2. § 3. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 29. § 2. L. 30. D. *de donat.* (39. 5.)

(13) L. 2. pr. D. *de his quae ut indign.* (30. 4.). Se colui che ha chiesto la *bon. poss. c. t.* non può ottenere alcun legato dal testamento impugnato L. 18. § 1. D. *de bon. poss. c. t.* (37. 4.), ciò non proviene dall'indegnità.

(14) Paul. S. R. V. 12. § 2. L. 1. L. 2. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 2. C. *eod.* (6. 34.) L. un D. *quib. non comp. bon. poss.* (38. 13.). L. 19. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Confr. anche Nov. 115. c. 3. § 9. c. 4. § 4.

(15) L. 8. § 14. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 13. § 9. L. *de jure fisci* (49. 14.) L. 8. C. *de his quae ut indign.* (6. 35. Ciò non si applica per le impugnazioni procedenti da altre cause L. 5. § 1. L. 24. D. *eod.* (34. 9.)

(16) L. 8. § 14. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 5. § 1. 6. 16. L. 22. D. *de his quae*

sia minore (17), o se abbia agito soltanto in qualità di padre o di tutore pel suo figliuolo o pupillo (18), ovvero se soltanto in qualità di erede abbia continuato la lite incominciata dal suo autore (19), ma b. diviene indegno eziandio il suo figliuolo o schiavo (20), come pure c. chiunque sia intervenuto nel giudizio come testimone, garante, o difensore dell'attore (21), eccetto solamente l'*advocatus Fisci* (22), anzi d. diviene indegno anche il giudice, che ha deciso per l'attore, quando in un secondo grado di giurisdizione sia riformata la sentenza in favore del testamento (23); nondimeno l'indegnità non si estende se non a ciò che si è lasciato nel testamento impugnato e nelle sue appendici (24), e quando si siano impugnate come false soltanto alcune disposizioni, si estende soltanto a ciò che si sarebbe dovuto ricevere dagli onorati, ai quali si è contrastato (25); C. quando un onorato abbia di poi contrastato al testatore il suo *status* (26); D. quando un uomo scientemente abbia conchiuso un matrimonio vietato, nel qual caso egli si tiene come indegno di qualunque acquisto sul patrimonio della moglie (27), ma la moglie non è colpita da alcuna indegnità (28), tranne il caso che l'impedimento del matrimonio consistesse nell'adulterio da lei prima commesso (29), e per rapporto ai doni sponsalizii (30); E. quando una donna licenziosa, la quale ha avuto commercio con un soldato sia stata da questo onorata, e questa indegnità ha origine da un Rescritto di Adriano (31); e F. secondo il *Sctum Plancianum* sotto Vespasiano anche quando un onorato ha assunto un *fideicommissum taci-*

ut indign. (34. 9.) L. 2. C. *eod.* (6. 35.) L. 13. § 9. L. 29. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14) L. 6. C. *ad leg. Corn. de fals.* (9. 22.)

(17) Paul. V. 12. § 3. L. 5. § 9. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(18) L. 22. § 1. 3. L. 30. § 1. D. *de inoff. test.* (5. 2.) § 5. J. *eod.* (2. 18.) L. 22. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(19) L. 22. § 2. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(20) L. 5. § 3. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) Paul. V. 12. § 3.

(21) L. 5. § 10. 11. 15. D. *eod.*

(22) L. 5. § 13. D. *eod.*

(23) L. 5. § 12. D. *eod.*

(24) L. 5. § 7. 8. 14. 17. 18. L. 7. D. *eod.* L. 8. § 15. D. *de inoff. test.* (5. 2.)

(25) L. 4. L. 5. § 14. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(26) L. 9. § 2. D. *eod.*

(27) L. 4. C. *de incest. et inut. nupt.* (5. 5.) L. 2. § 1. 2. L. 13. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 32. § 28. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.)

(28) L. 2. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(29) L. 13. D. *eod.*

(30) L. 32. § 28. D. *de don. inter V. et U.* (24. 1.)

(31) L. 14. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 41. § 1. D. *de test. mil.* (29. 1.)

tum, nel qual caso egli per verità non diviene indegno in generale,(32) ma nondimeno non può ritenere il legato, che il fedecommessario dovrebbe avere, ma questo dee ricadere al Fisco (33), e senza deduzione della quarta falcidia (34). A questo 3) si aggiunge anche un altro caso che riguarda semplicemente i legati, giacchè secondo un Rescritto di Settimio Severo i liberti che han denunciato il loro *patrono* a cagione di azioni illecite, divengono indegni di ricevere i legati lasciati loro dal *patrono* e questa indegnità è a benefizio del Fisco (35).

2.° Non son quasi men numerosi i casi d' indegnità, nei quali non già il Fisco ma altre persone subentrano nel luogo dell'indegno. 1) Nei legati l'onorato diviene indegno a favore del gravato quando il medesimo A. ha contratta inimicizia capitale col testatore o anche ha soltanto manifestato l'avversione di animo contro di lui (36); quando B. egli ha sottratto l'oggetto del legato, ma se la sottrazione è parziale, solo fino alla quantità sottratta (37); quando egli C., siccome fu deciso da Giustiniano essendovi stata prima controversia su tal punto, ha cercato di sopprimere il testamento del testatore (38), e quando D. non ha voluto assumere l' incarico affidatogli dal testatore di provvedere al suo interramento (39). Dapprima quest'ultima cagione rendeva indegni anche gli eredi, ma ciò fu modificato da un ignota costituzione (40). Al contrario 2) può essere escluso tanto dalla successione quanto dai legati colui che non accetta in tutto o in parte le funzioni di educatore o di tutore che il testatore gli abbia conferite pei suoi figliuoli, pel qual modo egli ed i suoi figliuoli divengono indegni di succedere per le disposizioni di ultima volontà del testatore (41). Ciò che loro vien tolto qui si attri-

(32) L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) L. 11. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 3. § 4. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(33) L. 17. § 2. D. *de usur.* (22. 1.) L. 18. § 1. D. *de his quae ut ind.* (34. 9.) L. 3. § 4. L. 13. § 6. 7. L. 48. pr. L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14),

(34) L. 11. L. 23. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 59. § 1. D. *ad leg. falc.* (35. 2.) Ulp. XXV. 17.

(35) L. 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(36) L. 3. § 11. L. 4. L. 22. D. *de adim. leg.* (34. 4.) L. 9. pr. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(37) L. 48. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.) L. 5. C. *de legat.* (6. 37.)

(38) L. 25. C. *eod.*

(39) L. 12. § 4. D. *de reliq.* (11. 7.)

(40) L. 5. C. *eod.* (3. 44.) L. 5. C. *de his quae ut indign.* (6 35.)

(41) L. 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.) L. 1. § 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 28, § 1. L. 32. L. 33. L. 34. L. 35. L. 36. pr. D. *de excus. tut.* (27. 1.) L. 111. D. *de legat.* I. (30.) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

buisce ai figliuoli, della cui educazione o tutela si era trattato (42). Intanto se si può dimostrare che la disposizione non siasi fatta a cagione dell'educazione o tutela conferita, allora non ha luogo alcuna indegnità (43); di più gli eredi a cagione del rifiuto della semplice tutela non divengono indegni se non quando siano discendenti del testatore (44), ed ancora non reca mai danno l'incapacità di esercitare l'educazione o la tutela (45), ma sibbene la destituzione del tutore a cagione della cattiva amministrazione, la quale viene assomigliata al rifiuto (46). Soltanto per gli eredi 3) s' incorre nell' indegnità A. allorchè i prossimi eredi ab intestato o sostituti pupillari del defunto han trascurato di fargli nominare un tutore, o un *curator ventris*, o un *curator furiosi* nei casi che ne avesse avuto mestieri, se si è indugiato un anno a provvedervi, e quindi la persona è morta senza aver acquistata la capacità di testare, nel qual caso debbono succedere i parenti ab intestato del grado seguente, il che veramente fu introdotto dal *Sctum Tertullianum* solo per rapporto alla madre del defunto, e coll' ammissione di parecchie ragioni di scusa (47), ma da Teodosio II. venne esteso a tutt' i prossimi eredi ab intestato e sostituti pupillari (48); B. quando una madre, la quale esercita la tutela sopra i suoi figliuoli è passata a seconde nozze, senza aver prima reso il conto e senza aver curato che si destinasse un altro tutore, nel qual caso parimenti a benefizio degli eredi più lontani ella non può ereditare dai suoi figliuoli nè ab intestato nè come sostituta pupillare, il che anche fu introdotto da Teodosio II. (49); C. quando i fratelli o le sorelle del defunto gli hanno insidiata la vita, o gli han mossa accusa in giudizio penale, ovvero hanno tentato di fargli perdere il patrimonio, nel qual caso secondo una disposizione di Giustiniano divengono indegni di succedergli, e si fa luogo agli altri eredi (50); D. quando, il che ha pure origine da Giustiniano,

(42) L. 32. D. *de excus.* (27. 1.) L. 5. § 2. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 25. C. *de legat.* (6. 37.)

(43) L. 1. § 3. D. *ubi pupill.* (27. 2.) L. 32. L. 33. D. *de excus.* (27. 1.) L. 28. pr. D. *de test. tut.* (26. 2.)

(44) L. 28. § 1. L. 36. pr. D. *de excus.* (27. 1.)

(45) L. 76. § 6. D. *de legat.* II. (31.) L. 8. C. *de legat.* (6. 37.)

(46) L. 35. D. *de excus.* (27. 1.)

(47) § 6. J. *de Sct. Tertull.* (3. 3.) L. 2. § 1. D. *qui pet. tut.* (26. 6.) L. 2. § 23-46. D. *ad Sct. Tertull.* (38. 17.) L. 2. C. *si advers. del.* (2. 35.) L. 8. L. 11. C. *qui pet. tut.* (5. 31.) L. 3. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.) V. § 140.

(48) L. 10. C. *de legit. hered.* (6. 58.)

(49) L. 6. C. *ad Sct. Tertull.* (6. 56.)

(50) Nov. 22, c. 46. 47. pr.

i prossimi parenti di un demente lo hanno trascurato, ed un altro dopo averne per iscrittura inutilmente richiesto gli eredi, ne ha preso cura fino alla morte, nel qual caso a lui debbe appartenere la successione del demente (51); E. quando i parenti del defunto han trascurato di riscattarlo dalla prigionia, se il potevano, nel qual caso la Chiesa del domicilio del defunto dee conseguire l'eredità per lo scopo del riscatto dei prigionieri (52).

III. Principii comuni sui *caduca* ed *ereptitia* (*)

§ 392. Secondo la teoria vigente per gli *ereptitia*, e da prima anche pei *caduca*, colui che entra nel luogo dell'erede o legatario, che manca, prende sotto ogni rapporto il suo posto. Per conseguenza egli dee soddisfare i legati che a quello erano imposti (1), e se egli era un erede, deve anche assumere i debiti ereditarii (2), ma in cambio egli può parimente come un erede dedurre la quarta falcidia dai legati (3), intentare l'*hereditatis petitio* (4), e far uso dell'*actio familiae herciscundae* (5). E però a rigore parlando l'escluso, se come erede ha perduto per la confusione i suoi dritti, dovrebbe ricuperarli, e così era anche senza dubbio per la caducità; ma nei casi d'indegnità per punizione dell'indegno fu stabilito il contrario (6). Del rimanente affinchè non isfuggisse al Fisco il patrimonio a lui ricaduto, la *lex Papia Poppaea* avea promesso a coloro che ne dessero l'avviso una parte come premio, verisimilmente la metà, il che ebbe per effetto un odioso denunziare (7).

(51) Nov. 115. c. 3. § 12.

(52) Nov. 115. c. 3. § 13. c. 4. § 7.

(*) Heineccius l. c. cap. 10.

(1) Ulp. XVII. 3. L. 8. § 14. D. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 3. D. *de his quae in test. del.* (28. 4.) L. 9. D. *ad Sct. Silan.* (29. 5.) L. 50. § 2. L. 96. § 1. D. *de legat.* I. (30.) L. 1. § 1. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 12. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 14. D. *de jure fisci* (15. 1.)

(2) Ulp. l. c. L. 18. § 1. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (35. 1.)

(3) L. 2. § 2. D. *si quis aliquem testari proh. vel coeg.* (29. 6.) L. 3. § 5. D. *ad Sct. Treb.* (36. 1.)

(4) L. 3. L. 20. § 10. D. *de her. pet.* (5. 3.) L. 3. pr. D. *de fideic. her. pet.* (5. 6.)

(5) L. 2. pr. D. *fam. herc.* (10. 2.)

(6) L. 8. L. 18. § 1. D. *de his quae ut indign.* (34. 9.) L. 29. § 1. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(7) Taciti Ann. III. 25. 28.; L. 15. D. *de jure fisci* (49. 14.)

Nerone ridusse il premio dei delatori ad un quarto (8), dal che costoro presero il nome di *quadruplatores*. Ma perchè l'importunità dei delatori diveniva sempre più insopportabile, si sentì la necessità non solo di abolire quel premio, ma anche di reprimere con pene le denunzie. Da prima un senatoconsulto di data incerta minacciò ai falsi delatori ed a coloro che gli stimolavano una multa dell'ammontare del premio, che nel caso di una fondata denunzia sarebbe spettato al delatore, ed Adriano estese ciò anche a quei delatori, che citati per giustificare la loro denunzia, non erano comparsi (9). Di più cominciarono alcuni Imperadori a rigettare tutte le denunzie di persone private, ed a negare il premio, siccome fece Antonino Pio (10) e Marco Aurelio, il quale ultimo oltre a ciò dichiarò infami i delatori (11), ed allora seguirono finalmente le minacce dirette di pene contro i delatori e quei che l'incitavano (12), ma la frequente ripetizione delle medesime mostra che era malagevole d'impedire il male radicato, e probabilmente fomentato dagli uffiziali del Fisco per via di premii segreti (13). Al solo *Advocatus Fisci* fu riserbato di dar notizia del patrimonio ricaduto al Fisco (14). Nondimeno più tardi fu partecipato questo incarico anche ai componenti della *schola Palatinorum* e ad alcuni altri, e Giustiniano diè loro anche un piccolo compenso per le loro cure (15). Non per tanto queste disposizioni contro i delatori non riguardarono nel tempo stesso quelli che da sè stessi davano avviso di possedere un patrimonio ricaduto al Fisco. Un Editto di Adriano avea a costoro per la loro onestà promesso la metà del patrimonio devoluto al Fisco (16), e ciò non fu più abolito. In fino a che il Fisco non formò che una parte del patrimonio dello Stato, gli Imperadori Romani non furono troppo propensi a donar molto dalle sue entrate. Ma quando tutte le rendite dello stato cominciarono a rifluire nel Fisco, il gran numero dei casi di confische, di caducità, ed indegnità introdotti a favore del Fisco, fu cagione, che frequentemente i patrimonii devoluti si rilasciassero ad altri sulla loro

(8) Sueton. in Nerone c. 10.

(9) L. 15. pr. § 1. 2. D. *de jure fisci* (49. 14.)

(10) Capitolinus in Anton. Pio c. 7.

(11) Capitolinus in Marco Anton. c. 11.

(12) Paul. S. R. V. 13. § 1. 2.

(13) *Vopiscus* in Aureliano c. 39.; Aurel. Victor de Caesar. c. 38. L. 2-7. C. *de delator.* (10. 11.) L. 1-4. C. Th. *de petition.* (10. 10.)

(14) L. 5. C. *eod.* L. 3. C. Th. *eod.*

(15) L. 8. C. *eod.*

(16) L. 13. L. 15. § 3-6. L. 16. L. 49. D. *de jure fisci* (49. 14.) Fragm. *de jure fisci* § 1-4. L. un. C. *de his qui se deferunt* (10. 13.) L. un. C. Th. *eod.* (10. 11.)

richiesta. Le petizioni per quest'oggetto, ***petitiones bonorum*** divennero dopo quel tempo così comuni, che provocarono una moltitudine di disposizioni legali sulle condizioni e forme delle medesime (17), fino a che Graziano per i patrimonii confiscati a cagione di alto tradimento (18), e di poi Teodosio II. per qualunque patrimonio ricaduto al Fisco non vietarono che se ne chiedesse la donazione (19).

(17) L. 8-31. C. Th. *de petition.* (10.10.)
(18) L. 1. C. *de petition. bon.* (10. 12.)
(19) L. 2. C. *eod.*

FINE

INDICE

PARTE TERZA

SEZIONE SECONDA

DRITTO DI OBBLIGAZIONE.

Suddivisione prima. — Principi generali sulle obbligazioni.

PARTE QUARTA

DRITTO DI SUCCESSIONE.

INDICE GENERALE

DELLE MATERIE

I numeri indicano i paragrafi. Se si trovano due numeri con due punti per mezzo, l'ultimo numero indica la nota.

B

D

E

F

G

H

I

L

M

Q

R

S

T

U

V

ERRORI **CORREZIONI**

Pagina 10 rigo 12 invece di *retenlio* leggete *retentio*.
P. 74 r. 11 inv. di la l. le.
P. 90 r. 11 inv. di il l. li.
P. 299 r. 9 inv. di capitale l. pena capitale.
P. 305 r. 6 da sotto inv. di ristora l. ristorare.
P. 306 r. 9 da sotto inv. di la l. le.
P. 424 r. 12 la parola nuovo è superflua.
P. 480 r. 13 inv. di delle l. della.
P. 592 r. 7 da sotto inv. di valevano l. volevano.
P. 608 r. 5 inv. di *laudenium* l. *laudemium*.

CONSIGLIO GENERALE

DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Napoli 11 *Giugno* 1856

Vista la domanda del tipografo Francesco Saverio Lanciano, con la quale ha chiesto di porre a stampa l'opera ***Il sistema e la storia del Dritto Romano privato*** *di* Giorgio Cristiano Burchardi prima versione dal tedesco del sig. Pasquale de Conciliis.

Visto il parere del Regio Revisore sig. D. Girolamo d'Alessandro.

Si permette che la suindicata opera s' incominci a stampare, però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Consultore di Stato Presidente provvisorio
Capomazza
Il Segretario Generale
Giuseppe Pietrocola.

PREZZO DELL' OPERA

Duc. 3.

Si vende in casa del Traduttore, strada Atri, num. 23, p. p. — Presso il medesimo trovasi vendibile per duc. 2, 40 la *Spiegazione storica delle Instituzioni di Giustiniano del signor Ortolan* trad. da P. de Conciliis.

SOTTO I TORCHI

STORIA ESTERNA

DEL DIRITTO ROMANO

DI G. C. BURCHARDI

TRADOTTA DA PASQUALE DE CONCILIIS

1 vol. in 8.